

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIX • Mayo-Junio 2003 • Núm. 677

CONSEJO DE REDACCION

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Vicente Domínguez Calatayud.

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Celestino Pardo Núñez.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gállico.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Tel. 91 411 26 28

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

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

I.S.S.N.: 0210-0444

I.S.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

Imprime: J. SAN JOSE, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS	
«El vendedor desposeído y el artículo 1.462.2 del Código Civil», por EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG	1463
«La sucesión testada en el Derecho Civil propio de Galicia: El testamento abierto notarial, el testamento mancomunado y la delegación de la facultad de mejorar», por JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO	1537
«El enigmático <i>nexum</i> como precedente de la hipoteca», por LINO RODRÍGUEZ	1619
«Del Derecho Foral a los Derechos Autonómicos», por ROSA PEÑASCO VELASCO	1693
DICTAMENES Y NOTAS	
«Algunas notas sobre el proceso agrario en España», por JOSÉ DAMIÁN TÉLLEZ DE PERALTA	1723
«Dictamen jurídico sobre el caso English Opening School (crédito al consumo, cesión de créditos y contratos vinculados)», por MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ	1735
«Los efectos sustantivos de la inscripción y el rol del Registro en la protección del tráfico jurídico inmobiliario», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA	1795
ACTUALIDAD JURIDICA	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1813
JURISPRUDENCIA	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUENAS	1827

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO	1855
B) Resoluciones comentadas, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1859

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA e ISABEL MORATILLA GALÁN	1909
Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1918
Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1925
Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1927

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Las servidumbres», de BIONDO BIONDI, por ANTONIO MANZANO SOLANO	1949
«Legitimación posesoria y legitimación registral», de BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1953
«La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida», de MARINA PÉREZ MONGE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1955
«Derecho de propiedad horizontal y multipropiedad», de MANUEL MEDINA DE LEMUS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1957
«Práctica registral», de LUIS FRANCISCO MONREAL VIDAL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1959
«Estudio preliminar del sistema registral peruano», de GUNTHER HERNAN GONZALES BARRON, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1961
«Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola», de FRANCISCO MILLÁN SALAS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1963
«Derecho de familia y Registro de la Propiedad», de DIEGO ESPÍN CÁNOVAS y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1965
«La nulidad parcial del testamento», de ISIDORO CASANUEVA SÁNCHEZ, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN	1967
«El fin en el Derecho», de RUDOLF VON IHERING, por GUILLERMO HIERREZUELO CONDE	1969
«Enseñanza del cooperativismo y de la economía social en la Universidad. Experiencia y proyecto de futuro», de JUAN JOSÉ SANZ JARQUE y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1971

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1977
---	------

ESTUDIOS

El vendedor desposeído y el artículo 1.462.2 del Código Civil

SUMARIO: INTRODUCCION: A) RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO JUSTINIANO: A-1) *La escritura notarial boloñesa, de Rolandino, en el siglo XIII, con pactos expresos de constituto posesorio y de cesión de la acción reivindicatoria, para lograr la simultaneidad de la perfección y la consumación de la compraventa.* A-2) *Normas romanas en el Derecho español. Tradición de la cosa y legitimación posesoria. Cesión de acciones o derechos incorporales:* 1. Venta de cosa en situación de desposesión desconocida y cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria (sustitutiva de la tradición actualmente imposible), atributivas de la propiedad de la cosa con efecto simultáneo a la perfección del contrato: D. 18.4.21, C. 4.39.9; artículo 1.460.2, artículo 1.186. 2. Tener la acción reivindicatoria es tener la propiedad de la cosa: D. 6.1.63 y D. 50.17.15. B-1) *Compraventa-cesión directa de un derecho incorporal: el del acreedor pecuniario o el del propietario desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año: artículo 1.526.* B-2) *Compraventa de una cosa mediante escritura notarial, simultáneamente transmisiva de la propiedad salvo pacto contrario. Usualmente denominada venta mediante tradición instrumental ex lege de la cosa. Históricamente se configura como una venta mediante cesión instrumental ex lege sustitutiva de la tradición actualmente imposible: artículo 1.462.2.* C) PROCESO REIVINDICATORIO Y LLAMADA EN GARANTÍA. D) OPINIÓN MAYORITARIA. E) COLOFÓN TERMINOLÓGICO.

INTRODUCCION

El propietario está desposeído de la cosa cuando otro la posee en concepto de dueño desde hace más de un año y contra él no puede actuar judicialmente el interdicto de recobrar la posesión (arts. 460.4.º y 1.968.1.º del Código Civil; arts. 439.1 y 250.1.4.º LEC) sino sólo la acción reivindicatoria para defender la pertenencia del derecho de propiedad (art. 348.2), interrumpir la posesión *ad usucapionem* en curso (arts. 1.944 a 1.947) y recobrar la posesión perdida (arts. 466, 451-459).

Ahora se trata de analizar cómo se interpreta y aplica a la *venta por el propietario desposeído* el que «Cuando se haga la venta mediante escritura

pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario», según dispone u ordena el artículo 1.462.2 del Código Civil.

La interpretación puede parecer muy sencilla para los que opinan existe una *tradición instrumental incorporal*, pero en verdad requiere una ineludible consideración histórica de la *cesión de la acción reivindicatoria*.

En un estadio de la evolución se concertaba la venta con pacto de *procuratio in rem suam* (de cesión impropia, no transmisiva) de la acción reivindicatoria, por el que actuaba procesalmente el comprador como apoderado y en nombre del vendedor, de manera que, después de recobrar la posesión el apoderado, el vendedor podía cumplir la tradición *brevi manu* y entonces resultaba transmitida la propiedad al comprador. Más tarde, se pasó a concertar la venta mediante simultáneo pacto de *cesión* (propiamente dicha, transmisiva) *de la acción reivindicatoria, sustitutiva de la tradición* (actualmente imposible), y la venta resultaba inmediatamente transmisiva, de la acción reivindicatoria y de la propiedad, o más bien de la propiedad con la inseparable acción reivindicatoria, sin la demora del juicio, de manera que el comprador, como propietario, interrumpía la posesión *ad usucapionem* y reivindicaba para obtener la posesión (1).

A) RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO JUSTINIANO

Como dice HELMUT COING (2): «Durante siglos los países de Europa Occidental y Central tuvieron un Derecho Común (un *Ius Commune*) y una

(1) Sobre la evolución histórica de la cesión de acciones y derechos incorporales a causa o por efecto del contrato de compraventa, puede verse mi obra *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor [art. 1.095] o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el juez [art. 1.096], e incondicionada cuando el vendedor está desposeído [art. 1.526])*, pero es el propietario. Edición separada, corregida y concordada, de cuatro estudios publicados por la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Edita el Colegio de Registradores de la Propiedad de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1991. Citaré *Transmisión...*

La complementa otra sobre *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción (venta, como cosa propia, de finca que otro posee en concepto de dueño)*. También edita el Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998. Citaré *Tráfico jurídico...*

Ahora podría aclararse con el artículo 1.186 al final del artículo 609.2, que *la propiedad se transmite a causa del contrato de compraventa mediante la tradición, sustituida, en su caso, por la cesión legal de la acción reivindicatoria* (contra el tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, contra el «desposeedor» del vendedor desposeído).

(2) HELMUT COING, Fundador y Director honorario del Instituto Max Plank de Derecho Común Europeo de Frankfurt, en su obra magna *Derecho Privado europeo*.

ciencia jurídica común. Toda biblioteca jurídica de cierta importancia de todo país europeo tenía un fondo básico idéntico de obras jurídicas y la formación de los juristas en todos los países se basaba en los mismos fundamentos. Este Derecho Común era el Derecho Romano-Canónico. Estuvo vigente desde fines de la Edad Media hasta la época de la Revolución francesa, en los países occidentales y centrales de nuestro continente». Fue resultado de la posición de poder de la Iglesia latina en la Edad Media y de un acontecimiento cultural, la **Recepción** del Derecho Romano recopilado en el *Corpus Iuris* de Justiniano por los juristas italianos, en particular en los siglos XI y XII en Bolonia. Es fundamental el papel de las universidades y la formación de los juristas.

1. En la Universidad de Bolonia, para la formación de los juristas se estudia la formulación por los escribanos de los documentos, escrituras o *instrumentos notariales*, conforme a las normas vigentes. Aspecto éste, el de la interpretación de las normas en la práctica jurídica, al que no se reconoce la importancia que merece, incluso en la obra de HELMUT COING. Así, hay que recordar a los juristas formados en Bolonia con funciones de secretarios o asesores de los reyes o príncipes o de las autoridades eclesiásticas, concretamente en la Corte de Alfonso X el Sabio de Castilla a los que redactaron las Siete Partidas y sus fórmulas que reproducen las de «Aurora» de Rolandino, y en la Corte de Jaime I de Aragón a Raimundo de Peñafort.

Las escrituras notariales se mantienen esencialmente fieles al formulario medieval «Aurora», de Rolandino, hasta la Ley del Notariado de 1862, inmediata a la Ley Hipotecaria de 1861. Con gran acierto dijo RAFAEL NÚÑEZ LAGOS que el secreto del limo está en el curso superior del río; el del instrumento público en la Edad Media (3).

2. «El Derecho Romano sólo podía obtener *vigencia subsidiaria*, es decir, siempre que no se encuentren normas positivas en las leyes territoriales o en el Derecho consuetudinario...» (advierte COING, pág. 38).

Pero lo bien cierto es que las normas del Derecho Romano contenidas en el *Corpus Iuris* de Justiniano se invocan y se aplican en España como normas subsidiarias o supletorias de las normas propias del Derecho patrio desde fines de la Edad Media hasta que comienza a regir el Código Civil

Munich, 1989. Dos tomos. Traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín para la Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996, pág. 31 y sigs.

(3) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *El documento medieval y Rolandino* (Notas de Historia), pág. 223, al final. Es la edición separada en 1951 del prólogo a la traducción de «Aurora», de ROLANDINO PASSAGGERI, notario de Bolonia (siglo XIII), con las adiciones de PEDRO DE UNZOLA, notario de Bolonia (siglo XIII). Versión al castellano de VÍCTOR VICENTE VELA y RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, publicada por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid con ocasión del II Congreso Internacional del Notariado Latino. Imprenta Góngora, Madrid, 1950. Obras que tengo a la vista.

de 1889, de manera que algunas normas originariamente romanas, con muchos siglos de antigüedad pero consideradas fundamentales o intemporales, son normas vigentes en el Derecho español hasta el año 1889.

Aquí procede destacar tres textos del gran jurisconsulto PAULO.

Primordial es el **D. 41.1.31.pr.**, que define el principio fundamental o básico para la transmisión de la propiedad por efecto del contrato de compraventa pero mediante la tradición, al que se refiere la «teoría» medieval del título y el modo.

Complementarios son el **D. 18.4.21** y el **D. 50.17.15**, referentes a la histórica *cesión de la acción reivindicatoria*, incluida en la «teoría» general de la «cesión de acciones o (sinónimamente) derechos incorporales», como el del acreedor pecuniario o el del propietario desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño. Cesión configurada en el artículo 1.526 del Código Civil español como venta especial por su objeto o como transmisión a causa de esta venta, diferenciada complementariamente de la venta normal de una cosa poseída en concepto de dueño por el vendedor (conforme al art. 1.445 del Código Civil), por lo que se ha de considerar como caso particular la venta de una cosa, aparentemente normal, cuando resulta que el vendedor estaba desposeído en el momento de la perfección del contrato.

A-1) *La escritura notarial boloñesa, de Rolandino, en el siglo XIII, con pactos expresos de constituto posesorio y de cesión de la acción reivindicatoria, para lograr la simultaneidad de la perfección y la consumación de la compraventa*

1. Según NÚÑEZ LAGOS (*ob. cit.*, 175), «Todo instrumento público medieval tiene dos elementos integrantes: las publicaciones y el tenor del negocio. A su vez, el tenor del negocio aparece dividido en *capítulos*... que son seis.

Fijó su orden RAINIERO DE PERUSA (Perugia), en su *Ars notariae* (1226), siguiendo a IRNERIO (4). Desde entonces todos los instrumentos se redactan siguiendo ese orden; y es más, las referencias de los autores a alguna cláusula se hacen indicando el número del capítulo».

En el contrato de compraventa, «el *ordo scripturae* en RAINIERO DE PERUGIA es el siguiente:

- I) *Contraentes;*
- II) *res cum locis et finibus, si sunt immobiles;*
- III) *precium;*

(4) RAINIERO DE PERUSIA. Es una refundición de la propia *Summa notariae* (1213) y se aplica en su nuevo formulario (1226-1232). (NÚÑEZ LAGOS, *ob. cit.*, pág. 106, n. 27).

- IV) *dominii utilis vel directi translatio, cum omnibus pactis et conditionibus imminentibus*
- V) *legitima defensio*;
- VI) *poenae sumptuorumque reficiendorum promissio*.

El capítulo IV, que abarca todos los pactos, todas las disposiciones y obligaciones, incluye:

- a) *El pacto de **constitutum possessorium** o transmisión de la **vacua possessio***;
- b) *El pacto de **cesión de acciones** y derechos relativos a la cosa vendida [primordialmente el pacto de **cesión de la acción reivindicatoria**]..., etc.».*

2. ROLANDINO PASSAGGERI (5), en su formulario «**Aurora**», sigue y confirma la doctrina de RAINIERO DE PERUSA sobre el orden de las escrituras de compraventa: «El primer capítulo estudia a los contratantes, esto es, vendedor y comprador; el segundo, la cosa vendida; el tercero, el precio; el cuarto, la *traditio*; el quinto, la promisión de legítima defensa y ratificación; el sexto y último fija la pena, con todas sus consecuencias» (NÚÑEZ LAGOS, *id.*, pág. 176).

2.1. «Los formularios notariales del siglo XIII no logran desprenderse de la *datio* como elemento sustancial del contrato de compraventa. Se ve todavía patente una preferencia por la compraventa real, o, dicho en lenguaje de hoy día, la compraventa en la que «*perfección*» y «*consumación*» son **simultáneas** o, por mejor decir, lo mismo, sin distinción conceptual» (*id.*, pág. 188). Por eso se dice que el vendedor *dedit, vendidit et tradidit rem*. *Dedit* expresa la *datio* que perfecciona *ex re* el negocio jurídico de compraventa». El vendedor dio (*dedit*) una cosa (la propiedad) a causa de la venta, pero mediante la entrega o tradición que transmite la posesión. El comprador dio (*dedit*), previa especificación, una cantidad de dinero (la propiedad) a causa de la compra, pero mediante la entrega o tradición (pago del precio).

Advierte NÚÑEZ LAGOS (*id.*, pág. 191) que «modernamente, el consentimiento perfecciona todos los contratos, incluso los reales y los formales, porque sin consentimiento simultáneo a la entrega en los reales y a la terminación de la forma en los formales no hay negocio jurídico válido. Aunque no podemos proyectar hacia el pasado este criterio, que es debido a la escuela del Derecho Natural en el siglo XVIII».

(5) ROLANDINO PASSAGGERI (probablemente 1217-1301) en 1234 logra la matrícula entre los notarios de Bolonia. Recuérdese que, después de la batalla de las Navas de Tolosa (1212), en 1238 Jaime I de Aragón reconquista Valencia, y en 1248 Fernando III el Santo de Castilla reconquista Sevilla.

Ahora bien (*id.*, págs. 193 y 197), las complejas formalidades notariales de la escritura germánica lombarda (de los visigodos longobardos), del documento escrito sobre un pergamino, simplistamente denominadas *tradición de la carta* (*traditio chartae*), que perfeccionaban formalmente y realmente la escritura y el contrato de compraventa, en la escritura románica boloñesa quedan reducidas o sustituidas por el simple dar fe de haberse observado las formalidades legales para perfeccionar formalmente la escritura y el contrato.

En cambio, la escuela boloñesa formula la doctrina del *constituto posesorio* de la vacua posesión, de la *tradición instrumental*, para consumir realmente el contrato de compraventa, por cuanto transmite la posesión en concepto de dueño de la cosa, de manera que esta transmisión de la posesión determina la transmisión de la propiedad o dominio sobre la cosa, si el derecho de propiedad pertenece al vendedor.

Sin moverse de su despacho para acudir a presenciar una tradición *longa manu*, el notario, en una cláusula de estilo del capítulo IV de la escritura, formula expresamente el pacto de *constituto posesorio* por el que el vendedor poseedor en concepto de dueño y el comprador acuerdan que el comprador adquiere *solo animo* la vacua posesión, la posesión libre y plena como dueño, mientras que el vendedor pasa a quedar constituido poseedor «en nombre» del comprador, de manera que en adelante el comprador puede realizar, por sí solo, actos de posesión material sobre la cosa, pero no puede exigir al vendedor que realice adicionales actuaciones que no sean el simple dejar hacer al comprador, el no oponerse a sus actos de ejercicio de la posesión como dueño.

Añade NÚÑEZ LAGOS (pág. 185) que «en las fórmulas de ROLANDINO, el precio va pospuesto a la cosa. Esto es, la consagración de una corriente romanista frente a otra germánica lombarda en que el precio precede a la cosa. La venta lombarda empieza el tenor del negocio con el pago del precio, porque a la fórmula románica *do, vendo, trado*, se antepone *Pro supra scripto pretio, do, vendo, trado rem.*

Como explica ROLANDINO (pág. 186), «Las cosas vendidas y tradidas [en su caso, por pacto de *constituto posesorio*] no se adquieren por el comprador sino pagando éste el precio o satisfaciéndolo otro en su nombre, en dinero numerable, porque el precio solamente se aprecia en dinero; de otra manera, aquel acto no sería una venta, sino permuta u otro contrato innominado».

A efectos de cumplimiento por el comprador, el precio puede ser contado o numerado, confesado recibido o acreditado como si fuera prestado al comprador por el vendedor después de haberlo recibido el vendedor por entrega del comprador y así, frecuentemente, el precio que queda aplazado se hace constar en un segundo instrumento de reconocimiento de deuda, pero

habiéndose confesado recibido todo el precio en el instrumento precedente de venta (pág. 188).

2.2. Los glosadores entienden el Derecho Romano como una normativa de acciones más que un ordenamiento de derechos subjetivos (pág. 203) y del contrato de compraventa nacen dos acciones: la acción *ex empto* (*actio empti*) y la acción *ex vendito* (*actio venditi*).

Claro es que «únicamente puede entablarse la acción *ex empto* para exigir hechos inherentes a la naturaleza de la compraventa, cuales son entregar la cosa y transmitir la vacua posesión, libre y plena en concepto de dueño de la cosa, según dice ROLANDINO, por lo que «el vendedor no queda obligado a prometer o hacer cosas accidentales o ajenas al contrato», según dice el discípulo PEDRO DE UNZOLA (pág. 220).

Ajeno al contrato sería reivindicar la cosa si, antes de la perfección del contrato o después de la perfección pero antes de la entrega, incluyendo la entrega por *constituto posesorio* pactado, el vendedor ha perdido la posesión de la cosa, del esclavo o del caballo, que ha huido y ha sido capturado por un tercero que lo posee en concepto de dueño, atribuyéndose la pertenencia, la propiedad o dominio de la cosa. Pero este problema se resuelve con otra cláusula de estilo del capítulo IV de la escritura, en la que el notario formula expresamente el pacto de cesión de acciones y derechos relativos a la cosa vendida, que ante todo se refiere a la *cesión de la acción reivindicatoria* al comprador en previsión de los supuestos en que el vendedor ya estuviera desposeído antes de vender o quedara desposeído después de haber vendido, pero sin haber llegado a entregar la cosa por cualquier forma no simultánea a la perfección del contrato, de manera que sea el comprador quien ejerce la acción reivindicatoria para obtener la posesión.

Por el juego conjunto de la cláusula de *constituto posesorio* y de la cláusula de cesión de la acción reivindicatoria, el comprador podía actuar contra el vendedor, precarista por efecto del pacto de *constituto posesorio*, que se oponía a los actos de toma de posesión material por el comprador, o podía actuar la acción reivindicatoria útil contra el tercero que aparecía como poseedor en concepto de dueño de la cosa y se oponía a los actos de toma de posesión material por el comprador.

En el juicio reivindicatorio romano primitivo cada parte ha de probar su afirmación de pertenencia de la cosa, pero la constante aplicación de la presunción humana o judicial (aún no reconocida como presunción legal) de pertenencia de la cosa al poseedor en concepto de dueño durante más de un año se ha convertido en regla sobre la carga de la prueba que incumbe al demandante en cuanto afirma ser el propietario, para proteger contra arbitrariedades reivindicaciones al poseedor en concepto de dueño en cuanto aparente o presunto titular del dominio.

En caso de compra al propietario desposeído, el comprador cesionario de la acción reivindicatoria útil, que afirma ser el propietario en la demanda reivindicatoria, tendrá que probar su adquisición frente al poseedor en concepto de dueño demandado.

Por otra parte, la antigua compra mancipatoria daba lugar, *ipso iure*, sin necesidad de un acto especial, a la *actio auctoritatis* que recaía sobre el duplo del precio en caso de evicción del comprador que poseía por mancipación y era demandado por un tercero que afirmaba ser el propietario desposeído, pero en la compra sin mancipación tenía que acordarse tal efecto mediante un accidental pacto estipulatorio, cláusula penal o pena estipulada, que más tarde pasó a ser pacto natural, el cual, con el ejercicio de la *actio ex stipulato*, asegura la perfección del contrato y la vigencia de todos y cada uno de los pactos del instrumento, incluidos el pacto de *constituto posesorio* y el pacto de cesión de la acción reivindicatoria, a la vez que refuerza la efectividad de las acciones *empti* y *venditi*, propias del contrato.

En el caso de la compra al propietario desposeído, el comprador cesionario de la acción reivindicatoria útil que actúa judicialmente contra el poseedor en concepto de dueño, que resulta vencido por el poseedor demandado podrá exigir del vendedor-cedente lo acordado por ambos para el caso de evicción.

2.3. Dice ROLANDINO, al tratar del *instrumento de cesión de la acción reivindicatoria por causa de venta* (v. *Transmisión...*, pág. 53): «Si me pertenece la acción real [reivindicatoria] contra un sujeto que posee una cosa mía y yo quisiera cedértela, ¿acaso podría hacerlo? Y si yo te la hubiese cedido, ¿por ventura se te concederá la acción útil *in rem*? Contesto afirmativamente... Más aún: imagina que yo *poseo* mi códice [un manuscrito medieval que prácticamente es una joya], que yo te vendo la acción *in rem* que *me pertenece* [ahora] en nombre del códice: en verdad, nada se ha hecho. Ahora bien, si hubiere yo dicho: “Te vendo la acción que *me corresponderá*”, es válida la venta y queda vendida la esperanza; tú, comprador, podrás accionar *cuando otro haya empezado a poseer* lo que a mí me compete...»

Se refiere a la cesión de la acción reivindicatoria de un vendedor que, antes del otorgamiento, eventualmente, podría estar desposeído por cualquiera o quienquiera que fuera el poseedor en concepto de dueño.

2.4. Según dice NÚÑEZ LAGOS (*ob. cit.*, pág. 13), la fama de ROLANDINO llamó la atención de los estudiosos y pronto se vio requerido para redactar un libro de fórmulas. Fruto de su experiencia profesional se publicó en 1255. Lleva el nombre de *Summa artis notariae*, pero en la práctica común fue llamado Formulario. Las fórmulas de ROLANDINO cobraron fama de ser las más completas, eran las que mejor habían acuñado las frases y cláusulas de estilo del documento (pág. 45).

El formulario de ROLANDINO es un eslabón de oro en la cadena evolutiva del documento notarial en Italia (pág. 53). El siglo VI marca el fin del sistema documental romano (pág. 54). Dos modalidades contractuales presidieron la formación del sistema documental en la Edad Media: Una germánica (longobarda, lombarda), centrada en la *traditio chartae*, ceremonia compleja con la carta o pergamino de cuero que ha de ser escrito por el notario, medio de perfección del contrato y medio de prueba (pág. 56 y sigs.). Otra modalidad contractual romana, la boloñesa, centrada en la *stipulatio* y en el instrumento notarial (pág. 65 y sigs.), culmina en el Formulario de Rolandino.

«Desde el siglo XIII su valor universal es indiscutible; su influjo en los países latinos ha sido constante, decisivo y trascendental. En Italia y en Francia.

En España, el Código de Alfonso X el Sabio, «Las Siete Partidas» (de 1256) contienen un formulario casi idéntico al de ROLANDINO y las glosas de ROLANDINO lo explican y aclaran».

3. Es muy importante considerar la *escritura notarial boloñesa*, el que los notarios boloñeses del siglo XIII configuran una escritura de compraventa, de intercambio entre la cosa y el dinero contractualmente equivalente, en la que la *perfección* del contrato y la *consumación* del contrato son **simultáneas** con la fecha de la autorización del documento por el notario, porque no permiten distanciamientos temporales entre una y otra las contemporáneas circunstancias políticas, sociales y económicas, la inseguridad de las personas y de los bienes, los desplazamientos y transportes difíciles y peligrosos.

Actúan los notarios en interés de sus clientes, a los que conviene llevar consigo la prueba de la propiedad adquirida y no sólo contratada, el pergamino escriturado, «los papeles» de la época.

Aparte de la seguridad y comodidad del notario, que sin salir de su despacho consigue satisfacer a sus clientes al dejar consumada la entrega de la cosa, necesaria para la transmisión de la propiedad de la cosa como requisito adicional al contrato de compraventa según el sistema del título y el modo, tanto si el vendedor es el poseedor en concepto de dueño y se puede recurrir al artificio jurídico de la cláusula del pacto de *constituto posesorio*, como si el vendedor pudiera estar desposeído sin conocerlo, resultaba imposible aplicar la cláusula del *constituto posesorio* y había que recurrir al artificio jurídico de la cláusula del pacto de cesión de la eventual acción reivindicatoria, con su efecto de la transmisión del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído, garantizado con el pacto para el caso de evicción en el juicio.

Aquellas cláusulas artificiosas, del arte propio del oficio notarial, perduran cuando las circunstancias de seguridad de las personas y de los bienes

van mejorando con el paso de los años y de los siglos, hasta que con el Código francés de 1804 se invierte la solución al problema porque la propiedad de la cosa vendida queda transmitida por efecto del contrato de compraventa simultáneo a su perfección, incluso cuando el vendedor está desposeído y la tradición actual es imposible pero resulta innecesario el pacto de cesión de la eventual acción reivindicatoria, y porque, según algún Código, como el de Vaud (Lausana), al otorgar la venta mediante escritura notarial también queda transmitida la posesión de la cosa salvo pacto contrario, con lo que se hace innecesario el pacto de *constituto posesorio*.

4. Según BUSSI (6) es condición esencial para la validez del *constituto posesorio* que el constituyente posea realmente la cosa: ***Possessio per clausulam constituti non transfertur nisi constituens possideat*** (v. *Transmisión...*, pág. 53).

Pero para el supuesto de la desposesión del vendedor se combinaba la cláusula de *constituto* con la institución de la *cessio*, la cual ***in incorporalibus*** se decía que tenía ***vim traditionis***: ***Cessio in incorporalibus est pro traditione sicut traditio in corporalibus***. Así que el contrato de venta por el propietario desposeído pero con el pacto de cesión de la acción reivindicatoria, produce el mismo efecto que el contrato de compraventa con el pacto de tradición por *constituto posesorio* del vendedor poseedor, en cuanto queda transmitido el controvertido derecho de propiedad, a causa del contrato pero mediante el pacto expreso de cesión de la acción reivindicatoria, de la cesión *sustitutiva* de la tradición, *equivalente* a la tradición.

Además, afirma BUSSI que la cláusula de *constituto* venía escrita en todo instrumento notarial como cláusula de estilo, según atestigua GIASON DEL MAINO [o JASON DEL MAIN O DEL MENO], y de este hecho ha surgido la teoría según la cual todo contrato de «enajenación» [venta] lleva en sí implícita la cláusula de *constituto*.

Cabe añadir que lo mismo puede decirse de la cláusula de *constituto* combinada con la de *cessio in incorporalibus*, si se considera como derecho de propiedad incorporal y controvertido el derecho de propiedad del propietario desposeído porque un tercero posee la cosa corporal en concepto de dueño durante más de un año.

No es preciso insistir en la gran importancia de estos criterios para el Derecho común tradicional, sin las innovaciones de los pandectistas alemanes y, sobre todo, para el vigente Derecho español, continuador del Derecho común tradicional.

(6) BUSSI, EMILIO, «La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)», en *Studi di Diritto privato italiano e straniero*, dirigidos por Mario Rotondi, vol. XXVII (Padova, 1937), págs. 37 a 42 (v. *Transmisión...*, pág. 53, nn. 61 a 65).

5. Según COLIN y CAPITANT (7) en el *antiguo Derecho francés*, el modo o tradición como requisito de la transmisión de la propiedad usualmente quedaba inoperante frente a la voluntad de las partes contratantes mediante la combinación de la cláusula de *dessaisine-saisine*, equivalente a la cláusula boloñesa del *constituto posesorio*, y de la cláusula de cesión de acciones pues, por si el vendedor no estaba en posesión de su cosa en el momento de la venta, porque dicha cosa era poseída por un tercero en concepto de dueño, por cualquier motivo se insertaba en el contrato una cláusula accesoria de cesión de la acción reivindicatoria.

El Código francés de 1804 confirmó esta inoperancia del sistema tradicional del título y el modo, según la orientación de la Escuela del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII, haciendo prevalecer el consentimiento traslativo del título y prescindiendo del modo o tradición.

Dispone que la propiedad de los bienes se adquiere y transmite... por efecto de las obligaciones (art. 711), *por el ligamen (ob ligatio)* de los contratos traslativos como el contrato de compraventa [si la propiedad pertenece al vendedor] y dispone que el vendedor tiene dos obligaciones principales: la de entregar y la de garantizar [sanear] que le pertenece la cosa que vende (art. 603).

Con el Código de 1804, si la cosa no está en poder del vendedor en el momento de la transmisión de la propiedad, no hay necesidad de hacer al adquirente la cesión de la acción reivindicatoria. En tal caso, el comprador podrá reivindicar la cosa de quien la tenga, puesto que es el propietario. Sin perjuicio de que podrá alegar incumplimiento del contrato contra el vendedor en cuanto a la obligación de entregar, acudiendo a las normas sobre incumplimiento de las obligaciones recíprocas por no haber precepto específico.

Queda sin efecto la aplicación de la teoría de la cesión de la acción reivindicatoria a efectos de la adquisición del dominio. La falta de posesión del vendedor sólo implica una cuestión sobre el incumplimiento de la obligación de entrega o transmisión de la posesión y no sobre la transmisión de la propiedad.

6. Sobre la *divergencia de la doctrina alemana*, enfrentada a la francesa por la teoría de SAVIGNY, para el Derecho Romano vigente en Alemania como Derecho común, acerca de la distinción entre el contrato de compraventa sólo obligatorio y la tradición negocio dispositivo abstracto para cosas muebles, he de remitir a lo que ya dije (en *Transmisión...*, pág. 54 y sigs.) respecto a la teoría de IHERING sobre cesión de la vindicación, el resumen de WINDSCHEID y el Código Civil alemán. En el Derecho alemán vigente, la

(7) COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*. Trad. esp. 1923. T. II, vol. 2, págs. 1011 y 1012.

cesión de la acción reivindicatoria sólo puede referirse a la imposible tradición de cosa mueble, y WOLFF la configura como cesión propiamente dicha, que transmite el derecho, y no como una cesión impropia o *procuratio in rem suam* (8).

7. Respecto al Derecho español histórico también he de remitir a lo que ya dije (en *Transmisión...*, págs. 96, 110, 112 y sigs.) para recordar que al tiempo de la creación de la Comisión General de Códigos en 1843, la doctrina jurídica se encontraba paralizada... y empieza a inspirarse en modelos extraños, según destaca FEDERICO DE CASTRO (pág. 114).

Precisamente el proyecto de Código Civil de 1851 fracasa por su afrancesamiento, aún más aparente que real. En la discusión del proyecto se opuso al mismo con gran fuerza PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, como DE CASTRO destaca. El sistema francés no puede prevalecer sobre el sistema tradicional del título y el modo, ni en la Ley Hipotecaria de 1861 ni en el Código Civil de 1889.

En la preparación de la Ley Hipotecaria de 1861 intervino, de modo decisivo, GÓMEZ DE LA SERNA, quien supo superar las exageraciones germanistas que en base del principio de publicidad defendiera LUZURIAGA y las ideas afrancesadas sobre transmisión de la propiedad mantenidas por GARCÍA GÓYENA, con la fórmula práctica de la protección del tercero registral inscrito, como destaca DE CASTRO.

La estructura del Código Civil de 1889, en relación con el Proyecto de 1851, tiene su precedente inmediato en la distribución de materias de las obras de Derecho Civil de GÓMEZ DE LA SERNA y de GUTIÉRREZ, pues para destacar la importancia del título de adquisición estudian las obligaciones y contratos en un libro distinto del que trata de los modos de adquirir la propiedad.

Ahora bien, a diferencia del pandectismo alemán, la doctrina española contempla el Derecho Romano a través de Las Siete Partidas, vigentes como Derecho propio, aunque inspiradas en la interpretación medieval del Derecho Romano recibido y a través de los tradicionales comentarios del mismo, sin afanes históricos puristas ni críticos (pág. 115 y sigs.).

Respecto al Derecho anterior al Código Civil de 1889, la opinión de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA es totalmente explícita sobre el alcance traslativo del derecho (y no sólo de su ejercicio) que es efecto del contrato de compraventa-cesión.

(8) COING ilustra sobre *el abandono de la doctrina del título y el modo* y sobre *la doctrina del contrato real abstracto* de Savigny, en *ob. cit.*, T. II, págs. 489 y sigs. En España, la controversia doctrinal sobre la inadmisibilidad del negocio dispositivo abstracto, a mi entender, culmina con *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, de MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ y LUIS DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN. Editorial Civitas, S. A., 1.ª ed., 1988. Me parece fundamental la referencia al artículo 1.295.3 en la nota 62, pág. 171. Para su aplicación al artículo 1.124 del Código Civil y al artículo 37 LH, que consideré en *Tráfico jurídico...*, pág. 205 y sigs.

Los formularios notariales, copiando a otros anteriores, aún hablan de acción directa y acción útil, y recogen la fórmula de la *procuratio in rem suam*, pero la compraventa-cesión transmite el derecho y no sólo su ejercicio y la notificación tiene el alcance o efecto que hoy tiene en el Código Civil, y no el de una tradición.

La realidad documental de las compraventas y cesiones al tiempo de la codificación resulta del libro de formularios más en boga en la primera mitad del siglo XIX, que es el denominado *Librería de escribanos*, de JOSÉ FEBRERO, del que se hacen sucesivas ediciones, reformadas por distintos autores, en el que los formularios propiamente dichos se repiten tomándolos de la práctica fundada en los formularios de Las Siete Partidas, a su vez inspirados en los formularios de ROLANDINO, pero se ilustran con doctrina, notas y adiciones o comentarios, más o menos interesantes y extensos, según la edición y el autor (pág. 117).

La edición más apreciada del *Febrero* fue la de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE, de interés especial por cuanto los comentarios de aquél sobre el Derecho vivido al tiempo de la codificación quedan recogidos en esta edición, así como en sus comentarios al Proyecto de Código Civil de 1851.

Los formularios de escrituras son los de las anteriores ediciones, pero ya advierte GARCÍA GOYENA su inadecuación al tratar de la fórmula de la cesión de acciones y de la fórmula del *constituto posesorio*.

Según GARCÍA GOYENA, «son **corporales** las cosas que pueden tocarse, como una casa, un caballo, etc.; **incorporales**, por el contrario, las que por no tener cuerpo que reciba el tacto *no se pueden tocar*, como son **los derechos**, las servidumbres, las herencias, etc.».

Según el mismo autor, «son cláusulas que suelen ponerse en las escrituras de venta: ...

La cuarta cláusula, que el vendedor se desprenda de todo derecho que tenga en la cosa que vende, *cediéndolo* [el *ius in re*], *con cuantas acciones le competan*, al comprador y sus herederos y sucesores.

La quinta cláusula, de **constituto**, que consiste en dar el vendedor al comprador poder irrevocable, con libre, franca y general administración, para que tome judicial o extrajudicialmente la tenencia o posesión real de la cosa, y en el ínterin que la toma *constituirse* el mismo vendedor por su inquilino o tenedor o poseedor precario de ella en forma legal, que quiere decir que poseerá y gozará de la cosa no como dueño, sino *durante* [mientras dure] la voluntad del comprador en virtud de súplica que le hace para que se lo permita».

Pero la reforma notarial, iniciada con la «Instrucción para redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro» (del 2 de junio de 1861) rompe la continuidad de los formularios y se menosprecia la interpretación de

antiguas cláusulas de estilo, que suelen entenderse como rutina más o menos intrascendente.

A-2) *Normas romanas en el Derecho español*

1. Conviene insistir en que hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1889, las normas del Derecho Romano Justiniano se invocan y se aplican en España como subsidiarias o supletorias de las propias del Derecho patrio, de manera que algunas con muchos siglos de antigüedad prácticamente son normas del Derecho español.

Así PAULO, el gran jurisconsulto del período clásico tardío, a finales del siglo II (uno de los dos grandes, con Ulpiano), el «especialista» en cuestiones de propiedad y derechos reales, diríamos hoy (9) es el autor de tres textos fundamentales en el Derecho español hasta 1889. Uno primordial (D. 41.1.31.pr.) y otros dos complementarios (D. 18.4.21 y D. 50.17.15).

PAULO dejó escrito que *nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur* (D. 41.1.31.pr.). Puede sintetizarse que [...] **transfert dominium [...] venditio aut aliqua justa causa, propter quam traditio sequeretur**, o sea, que *transfiere el dominio la venta [u otra] justa causa, seguida de la tradición*. Es el principio fundamental del que siglos más tarde se denominó sistema del título y el modo.

El Código Civil español de 1889 adopta este mismo **principio fundamental para el tráfico jurídico** en el artículo que encabeza el Libro tercero, que trata «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», en el artículo 609, párrafo segundo, *al final*, donde dice que «**La propiedad** [...] se adquiere y transmite [o **se transmite** y se adquiere...] *por consecuencia de ciertos contratos [a causa o por efecto del contrato de compraventa o de otros contratos que asimismo son traslativos; pero no por sí solos, solamente o inmediatamente, sino] mediante la tradición [al quedar cumplida la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa]*».

Así resulta de los artículos 1.095, **1.096**, 1.462.1 y **447**, según el cual, «*Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio*».

Otros dos textos de PAULO (D. 18.4.21 y D. 50.17.15) se refieren a la venta de la cosa con cesión de la acción reivindicatoria que, cuando es imposible

(9) En el *Derecho Privado Romano*, de PAUL JÖRS, refundido por W. KUNKEL, trad. de L. Prieto Castro, Ed. Labor, 1937, se recuerda que JULIO PAULO fue discípulo de Scaevola, y Domicio Ulpiano lo fue del gran Papiniano, y que Paulo y Ulpiano fueron asesores del Consejo del Pretorio dirigido por Papiniano y luego pasaron a ser Prefectos del Pretorio con el emperador Alejandro Severo desde el año 222 d.C.

la tradición de la cosa por la pérdida de la posesión, complementan dicho principio fundamental del tráfico jurídico y del sistema del título y el modo o sistema del contrato de compraventa y de la tradición. No se oponen al principio fundamental sino que cuando es imposible aplicar la norma que exige la tradición transmisiva de la posesión en concepto de dueño seguidamente a la venta, porque el vendedor está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño desde hace más de un año, se aplica la norma sobre la cesión de los derechos incorporales o acciones, concretamente alusiva a la cesión transmisiva de la acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida, que *sustituye a* la tradición, en cuanto a causa o por efecto del contrato de compraventa, pero mediante la cesión que *equivale a* la tradición (*vim traditionis*) se produce la transmisión de la propiedad de la cosa, simultáneamente a la perfección del contrato, sin tener que esperar a la ejecución de la sentencia estimatoria de la reivindicación, a diferencia de la cesión impropia por la *procuratio in rem suam*.

Porque en el tráfico jurídico la acción reivindicatoria es **inseparable** del derecho de propiedad del que deriva, de manera que la efectiva transmisión de la acción reivindicatoria implica o equivale a la efectiva transmisión del derecho de propiedad controvertido con la acción reivindicatoria que defiende la pertenencia del derecho al propietario.

2. Ahora bien, según otros textos romanos (Inst. 2.1.41 y D. 18.1.19), el comprador que ha recibido la entrega de la cosa no adquiere la propiedad de la cosa hasta que haya cumplido su primordial obligación por *haber pagado el precio* contratado, a menos que se haya convenido expresamente el aplazamiento de su pago (10). Es otra *condición de la ley* (requisito de la ley) *distinta y adicional* a la condición de la ley (requisito de la ley) por la que el comprador no adquiere la propiedad de la cosa antes de que el vendedor haya cumplido su obligación de entregar la cosa, antes de la tradición o transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa. Es una garantía de la reciprocidad del cumplimiento de la obligación principal de una y de otra parte.

Esta norma estuvo vigente en el Derecho español hasta que el Código Civil de 1889 la derogó sustituyéndola por la norma del artículo **1.466**, según la cual: «El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida [en el sentido de que no le será exigible la entrega] si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago» (sin olvidar el artículo siguiente, 1.467, para el caso de insolvencia del comprador, con un riesgo que es afianzable).

La norma, originariamente romana, se tenía muy en cuenta antes de 1889, y el artículo 1.466 se tiene muy en cuenta desde 1889 en la formalización

(10) Sobre el aplazamiento del pago del precio v. COING, *ob. cit.*, T. I, pág. 388.

de la escritura notarial de compraventa, al relatar, sucesivamente, el cumplimiento por el vendedor y el cumplimiento por el comprador, aunque lo importante es que la unidad del acto firmado implica, además de la perfección del contrato, la consumación de la entrega o tradición de la cosa y de la entrega o pago (o el aplazamiento del pago) de la cantidad de dinero del precio.

Naturalmente, la norma romana sobre pago del precio también se aplicaba al contrato de compraventa-cesión y concretamente a la compraventa con cesión de la acción reivindicatoria.

Tradición de la cosa y legitimación posesoria

ANTONIO GORDILLO CAÑAS, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla, con loable esfuerzo de actualización y síntesis, dedica una serie de trabajos a los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral que publica el Anuario de Derecho Civil. El más reciente trabajo de la serie se titula ***La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)***. En dicho trabajo se considera detenidamente el tema de este estudio, referenciado como «*tesis de Giménez Roig*» (11).

En la obra se observa su gran preocupación por el «mantenimiento de la tradicional teoría del título y el modo» (expresión que repite en su nota 420) y por «opinar respetando en su esencia la teoría del título y el modo» (como dice después de intercalar su nota 424), preocupación acaso relacionada con las observaciones que expuse en repetidas ocasiones con el fin de manifestarme alineado entre quienes se oponen a determinadas interpretaciones de la «teoría»... de la doble causa, medieval, y de la tradición negocio dispositivo, de SAVIGNY, porque no se deducen necesariamente de *las normas jurídicas*, la originariamente romana vigente en España hasta 1889 (D. 41.1.31.pr. de PAULO) y la actualmente vigente desde 1889 (art. 609.2, al final, Código Civil), *que definen el verdadero sentido tradicional del sistema del título y el modo, junto con otras normas coherentes*, como el artículo 1.095, el 1.096 y el 447.

Aparte de que tales normas no impiden denominarlo sistema del contrato de compraventa y de la tradición transmisiva de la posesión en concepto de

(11) La obra de ANTONIO GORDILLO CAÑAS se halla incluida en el Proyecto de Investigación PB 98-1195, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DGICYT). Se publicó en el Tomo LIV del Anuario de Derecho Civil, Fascículo I, enero-marzo de 2001, distribuido en septiembre, págs. 5 a 256.

dueño de la cosa, para evitar las ambigüedades de la palabra «título» y de la palabra «modo».

Ni tales normas impiden considerar la evolución histórica de otra «teoría», no incompatible sino complementaria y coordinada con la teoría del título y el modo, que es la teoría general de la compraventa-cesión de acciones o derechos incorporales, que incluye la compraventa-cesión del derecho personal de crédito pecuniario del vendedor que entregó la cosa al comprador y la compraventa-cesión del derecho real de propiedad del vendedor que está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño y no puede entregar la cosa aunque conserva su derecho de propiedad con la inseparable acción reivindicatoria para recobrar la posesión.

1. A mi entender, frente a la codificada solución francesa e italiana, es más conveniente la secular solución romana, justinianeas y española, que exige la tradición o transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa específica vendida por el propietario poseedor para lograr la efectividad de la transmisión y del ejercicio del derecho de propiedad sobre dicha cosa.

Pero siempre que se tenga en cuenta que el contrato de compraventa es la causa de la transmisión del derecho de propiedad (la *justa causa* invocada por PAULO) mientras que la tradición es un requisito o condición de la ley, adicional a la causa.

Desde luego, porque implica para el comprador la posibilidad práctica del ejercicio normal del derecho de propiedad sin interferencias del vendedor, anterior propietario poseedor.

Pero, sobre todo, porque la posesión en concepto de dueño aparenta y hace presumible frente a tercero la pertenencia del derecho de propiedad al comprador accipiente y antes al vendedor tradente.

Por esto, la tradición condicionante de la eficacia transmisiva de la compraventa fue un imperativo categórico permanente históricamente, porque de la posesión en concepto de dueño de una cosa resultaba la apariencia y la presunción de la pertenencia del derecho de propiedad sobre la cosa, de la legitimación posesoria, con cierto monopolismo hasta la aparición y desarrollo de la publicidad registral, de la apariencia y presunción registral, de la legitimación registral.

El vendedor romano y el vendedor español, hasta la Ley Hipotecaria de 1861, podía obligarse y se obligaba a transmitir la posesión, pero en concepto de dueño de la cosa, es decir, afirmando o dando a entender que era el dueño, por lo que, a causa o por efecto de la venta, al transmitir la posesión en concepto de dueño, es decir, presuponiendo o afirmando que era el dueño, simultáneamente, transmitía la propiedad, *si verdaderamente era el propietario*. En este sentido, el comprador puede considerarse no sólo un acreedor de la posesión en concepto de dueño sino también un acreedor de

dominio (12). En cuanto el vendedor respondía pecuniariamente si el comprador accipiente de la tradición resultaba evicto en un juicio reivindicatorio a demanda de un tercero, contra el que no podía probar suficiente plazo de posesión en concepto de dueño (incluyendo el plazo de posesión por el vendedor) para fundamentar la excepción de una usucapión o adquisición *a non domino* de la cosa que facilitara la prueba de la pertenencia anterior al vendedor y a sus causantes, exigible conforme al principio general aplicable a las adquisiciones derivativas (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse sibi habet*).

Con la Ley Hipotecaria de 1861, el comprador puede excepcionar una adquisición *a non domino inmediata, ex lege*, resultante de la aplicación de sus artículos 23 (hoy 32), 34, 35 (hoy 36), 36 y 37 (hoy 37) que implican la inoponibilidad de ciertas reivindicaciones al titular registral por compra de una finca inscrita, inoponibilidad que perjudica a quien sería el verdadero propietario de la finca si no existieran dichos preceptos legales, a menos que pruebe la mala fe del comprador.

2. Como bien expone BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORIACI en su monografía sobre *Legitimación posesoria y legitimación registral* (13), «la doctrina se encuentra dividida a la hora de hablar, en el Derecho Romano, del poseedor [en concepto de dueño (mejor dicho que a título de dueño)] como propietario presunto» (pág. 27), «de la presunción de propiedad deducida de la posesión en concepto de dueño en el tráfico jurídico ordinario, de la legitimación posesoria» (pág. 22, n. 4).

La legitimación posesoria no se limita al campo procesal, a la protección del poseedor con los interdictos o con la carga de la prueba que se impone al demandante (no al poseedor) en el juicio reivindicatorio, sino que en el campo extraprocésal busca evitar la necesidad de probar la vigencia real y

(12) MARIO E. CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*. Tesis doctoral, 319 págs. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Alude al acreedor del deudor de una obligación de dar, al titular de un *ius ad rem* (de un derecho a la cosa), para referirse primordialmente a la posición del comprador de una cosa antes de recibirla (para así adquirir la propiedad) respecto a terceros, acreedores o deudores del vendedor (o causahabientes por doble venta) o poseedores de la cosa («desposeedores» del vendedor). Sigue la opinión mayoritaria respecto a la tradición instrumental por el vendedor desposeído (*ob. cit.*, pág. 232 [87] y 236). Opina que el artículo 1.186 no se refiere a la desposesión del vendedor (pág. 239, parág. 22), pero no tiene en cuenta la analogía que ordena el D. 18.4.41.

(13) BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORIACI, *Legitimación posesoria y legitimación registral (algunos supuestos de aplicación)*. Monografía publicada en el 2002 por la Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris* del Centro de Estudios Registrales (dirigida por el catedrático Antonio Manuel Morales Moreno, que se inserta en el marco del Proyecto de Investigación PB 98-0091 [el Registro de la Propiedad español: Situación actual y transformaciones necesarias, subvencionado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología]).

continuada del fundamento («título» en el sentido jurisprudencial español y en el art. 447) de la pertenencia o atribución del derecho de propiedad cada vez que se requiera justificarlo.

En este sentido, creo ilustrativo recordar ahora que en Roma se utilizaba como fórmula para afirmar la pertenencia del dominio al comprador accipiente por mancipación de la posesión en concepto de dueño de la cosa, la misma fórmula utilizada en el juicio reivindicatorio por el demandante que afirma su dominio frente al demandado poseedor en concepto de dueño: *hunc ego hominem* [esclavo] *ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra*, al igual que *hunc ego hominem* [esclavo] *ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui* (14).

2.1. En el Código Civil de 1889, según el **artículo 448**, «El poseedor **en concepto de dueño** [mejor dicho que a título de dueño] tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo».

Según una reciente STS, de 22 de mayo de 1999 (pág. 42), que sintetiza la opinión más generalizada, dicha presunción determina que el demandado en el juicio reivindicatorio (el poseedor en concepto de dueño) no está obligado a probar su título adquisitivo. Pero, cuando el actor reivindicante prueba el hecho constitutivo de su acción reivindicatoria [...], «el demandado se encuentra obligado a probar el hecho extintivo de la acción contra él ejercitada, sin que le exima de ello la presunción establecida en el artículo 448 del Código Civil [...]», a tenor del artículo 1.954 sobre prueba de la usucapión como hecho extintivo. Así resulta de los textos citados por la autora (pág. 28, nn. 3 y 4), de origen romano (D. 6.1.24; D. 33.17.12 y C. 3.31.11) o patrio (Partida 3, 2,28 y otras).

2.2. Además, he de insistir en que según el **artículo 447**, «Sólo la posesión que se adquiere y disfruta **en concepto de dueño** puede servir de título (jurisprudencialmente, fundamento: compra más tradición) para adquirir el dominio», lo que es aplicable a la tradición del artículo 1.462.1 y a la posesión *ad usucapionem* iniciada por compraventa mediante tradición por el no propietario.

3. En cuanto a la legitimación registral, fue originariamente mal entendida como presunción posesoria a favor del titular registral (*ob. cit.*, pág. 57), pero hoy se concreta acertadamente en el vigente artículo 38.1 LH, como presunción de **pertenencia** del derecho de propiedad al titular registral del dominio, fundamentada en la inscripción practicada (previa calificación registral) del «título» adquisitivo, entendido jurisprudencialmente como

(14) MAX KASER, *Derecho Romano Privado*, 2.ª ed., 1982, pág. 41.

fundamento de la adquisición a causa o por efecto del contrato de compraventa normal pero mediante la tradición consumada (por título y modo, dice la teoría del título y el modo), aunque también, a mi juicio, cuando el titular registral está desposeído, a causa o por efecto del contrato de compraventa formalizado mediante escritura notarial, que *ex lege* implica la cesión de la propiedad con la acción reivindicatoria salvo pacto contrario (art. 1.462.2 del Código Civil).

La vigente LEC (1/2000), en su Disposición Final novena reforma algunos artículos de la LH y concretamente el artículo 41, que hoy dispone: «Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente».

Es claro que el artículo 41 LH para la protección rápida y eficaz del titular inscrito frente a las perturbaciones de derecho acude a una fórmula reivindicatoria con causas de oposición tasadas en el artículo 444.2 LEC (antes en el art. 41 LH, con algunos retoques actuales), de las que la segunda consiste en «poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito», lo que se refiere al artículo 36 LH, a la propiedad adquirida por usucapión (más que a la legitimación posesoria frente a la legitimación registral) porque se contempla un conflicto entre modos de adquirir la propiedad: uno fundamentado en el Registro de la Propiedad (principio de fe pública registral) y otro fundamentado en la posesión (usucapión) (*ob. cit.*, pág. 82).

Como advierte Díez-Picazo Giménez (15), «es esta limitación de las alegaciones del demandado la que hace que este proceso sea sumario y que, por tanto, la sentencia que en el mismo se dicte carezca de fuerza de cosa juzgada y no impida que se promueva un ulterior proceso declarativo plenario sobre la misma cuestión... En realidad, si se considera que el proceso declarativo posterior debe circunscribirse a lo que no fue alegado ni pudo ser alegado en el proceso sumario previo, el ámbito posible de aquél es mínimo.

De este modo, el carácter privilegiado de este proceso, para el titular inscrito, se sitúa en que obtiene inmediatamente a su favor medidas de aseguramiento (art. 441.3), en que fuerza al demandado a prestar caución, y

(15) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, de ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, JAIME VEGAS TORRES y JULIO BANACLOCHE PALAO. Civitas Ediciones, S. L. Madrid, 2001, 1.ª ed., pág. 769.

en que desplaza al demandado la carga de oponerse. «Es más, cabe considerar que una vez formulada oposición, las posiciones procesales están invertidas (como sucedía al amparo del antiguo art. 41 LH, que no de forma casual llamaba a la oposición *demanda de contradicción*)».

Desde luego, recuerda FERNÁNDEZ GREGORIACI, la legitimación posesoria pierde todo su valor ante una inscripción en el Registro de la Propiedad (*ob. cit.*, pág. 85).

Pero a los efectos procesales del artículo 41 LH, en relación con el artículo 36.1 LH, al comprador de una finca inscrita no le conviene reconocer en la escritura notarial de compra la situación anormal de desposesión del vendedor, a la que se refiere PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA respecto a la LH de 1861, con distinta formulación de dichos artículos.

La presunción de posesión a favor del titular registral (art. 38.2 LH), aunque ROCA SASTRE la interpreta como presunción de que el titular registral del dominio es propietario poseedor, para MORALES MORENO y dicha autora y discípula (pág. 80 y n. 115), más bien implica una ficción de atribución jurídica de la posesión que otorga al titular registral la ventaja de no tener que probar su posesión, produciéndose, por tanto, un desplazamiento de la carga de la prueba, pero debería destruirse tal presunción cuando exista un poseedor extrarregistral en concepto de dueño.

Cesión de acciones o derechos incorporales

Sabido es que el romano sistema de *acciones* evoluciona hasta convertirse en un sistema de *derechos*, de cada uno de los cuales deriva la correspondiente acción para la defensa de la pertenencia del derecho a su titular respectivo.

De manera similar, desde que las acciones se consideran posible objeto de transmisión a cambio de un precio, la *cesión de acciones* evoluciona hasta configurarse una *compraventa-cesión transmisiva de un derecho incorporal* (así llamado porque no implica *actual* posesión de una cosa corporal) *junto con la acción derivada que lo defiende y lo representa de manera inseparable, a cambio de un precio*.

Complementa a la *compraventa normal de una cosa corporal* (es decir, del derecho de propiedad y de la posesión en concepto de dueño, de la cosa corporal) *a cambio de un precio*.

1. Prácticamente, la evolución empieza por la cesión de la *actio venditi*, de la acción personal del vendedor de una cosa para exigir al comprador la entrega o transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cantidad de dinero del precio, para adquirir de este modo la propiedad del dinero a causa del contrato de compraventa. Es la normal cesión del crédito pecunia-

rio del comerciante vendedor de una cosa que ya ha entregado pero de la que no ha cobrado el precio aplazado y vende o cede su derecho de crédito a cambio de un precio de inferior cuantía a la nominal del crédito que cede, a un comerciante de estos créditos pecuniarios, a un cambista de monedas y prestamista (banquero).

Originariamente, ante la imposibilidad jurídica del cambio del titular del crédito, del cambio del acreedor, la operación económica se configura jurídicamente como una *novación*.

Más tarde se configura como una *procuratio in rem suam* o poder procesal para ejercitar en interés del cesionario-apoderado la acción del cedente-poderdante, quien conserva el derecho personal y la acción.

Después se entiende que el cedente conserva la *acción directa* que se considera inseparable del derecho personal intransmisible, y cede la *acción útil* que se transmite al cesionario.

Hasta que desaparece esta distinción porque se considera que la acción derivada de un derecho para su defensa es inseparable del derecho que defiende y así hablar de la cesión de una acción inseparable del derecho significa hablar de la transmisión de un derecho con la inseparable acción para su defensa y significa hablar de la cesión transmisiva de derechos incorporeales o acciones, con total **sinonimia** entre derecho incorporal y acción (sin excluir la posibilidad de que alguna ley autorice la cesión de una facultad integrante del derecho como acción diferenciada de la acción que defiende la pertenencia del derecho).

2. A la evolución histórica de la venta-cesión del derecho incorporal de crédito pecuniario del vendedor de cosa corporal (o del derecho del prestamista) es *paralela*, pero no idéntica, la evolución histórica de la *venta-cesión de la acción reivindicatoria* correspondiente al propietario desposeído, que se puede ejercitar contra el tercero poseedor que aún no ha consumado la usucapión.

Mi primer estudio en la *RCDI* de 1980 («Venta por el propietario no poseedor: Cesión de la acción reivindicatoria») se dedica al examen de la evolución histórica de la compraventa-cesión de dicho crédito pecuniario y de la compraventa-cesión del derecho de propiedad con la inseparable acción reivindicatoria del propietario desposeído.

Fue escrito, como mi segundo estudio en la *RCDI* de 1987 («Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción») para defender la eficiencia de la institución registral y, además, la eficiencia de la institución notarial, frente a la tesis de VALLET DE GOYTISOLO, quien con su teoría de la vigencia actual de la *procuratio in rem suam* tiraba piedras sobre su propio tejado notarial por cuanto para desvirtuar la inscripción registral llegaba a desvirtuar la secular ciencia y eficiencia jurídica de los notarios, de la escritura notarial de compraventa y de su cláusula de estilo sobre cesión de las

acciones del vendedor, primordialmente referida a la cesión de la acción reivindicatoria en previsión de que el vendedor estuviera desposeído.

A continuación se analizan algunas normas romanas vigentes en el Derecho Civil español hasta 1889, que se refieren a la evolución histórica específica de la cesión de la acción reivindicatoria.

1. Venta de cosa en situación de desposesión desconocida y cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria (sustitutiva de la tradición actualmente imposible), atributivas de la propiedad de la cosa con efecto simultáneo a la perfección del contrato: D. 18.4.21, C. 4.39.9, artículo 1.460.2 y artículo 1.186

1. En el Derecho anterior al Código de 1889 y a la Ley Hipotecaria de 1861, el supuesto de hecho del D. 18.4.21 consiste en que se ha otorgado una venta normal, sin escritura notarial con pacto de cesión de una eventual acción reivindicatoria, presuponiendo que el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, y después de otorgada resulta que un tercero se opone a los actos de entrega por el vendedor o a los actos de toma de posesión real por el comprador si se había pactado una entrega ficticia por *constituto posesorio*, porque el tercero manifiesta que es el propietario y posee en concepto de dueño desde hace más de un año de manera que contra él no cabe ejercitar una interdicto de recobrar la posesión, y niega que la propiedad perteneciera y la posesión correspondiera al vendedor en el momento de la perfección del contrato.

Así pues, el vendedor, antes del momento de la perfección del contrato de compraventa, ya había «perdido» la cosa en el sentido de que había perdido la posesión en concepto de dueño de la cosa y estaba *desposeído* por el actual poseedor en concepto de dueño causante de la pérdida y desposesión (el «*desposeedor*», podría decirse) contra el que es necesario ejercitar judicialmente la acción reivindicatoria para interrumpir la usucapión en curso y recuperar la posesión perdida, suponiendo que la sentencia firme estimará que el derecho de propiedad perteneció al vendedor y ahora, derivativamente, a causa o por efecto de la venta pertenece al comprador.

Históricamente, en el Derecho Romano invocado como Derecho prácticamente supletorio del Derecho Patrio hasta la entrada en vigor del Código Civil, la situación de desposesión del vendedor por esta *pérdida de la posesión de la cosa* anterior a la perfección del contrato, que es una *pérdida temporal de la cosa*, material y jurídica pero transitoria hasta la ejecución de la sentencia estimatoria de la reivindicación, se consideraba **análoga** a la situación de *pérdida parcial de la cosa*, *análoga a una pérdida extintiva de parte material o física* de la cosa, anterior a la perfección del contrato,

porque al propietario de la cosa que temporalmente perdía la posesión de la cosa le quedaba, como «resto» de la posesión de la cosa y en su lugar, la acción reivindicatoria para (después de obtener la declaración judicial de la pertenencia de la propiedad de la cosa) recuperar la posesión perdida de la cosa y usarla, al igual que al propietario de una casa incendiada le quedaba como «resto» el solar para poseerlo y usarlo edificando.

En este sentido, el jurisconsulto PAULO, el mismo autor del principio fundamental para el tráfico jurídico de cosas (D. 41.1.31), siglos más tarde denominado sistema del título y el modo, no considera que se opone al principio fundamental cuando escribe que «...*si sine culpa desinit detinere venditor, actiones suas praestare debebit... nam... [venditor]... aream tradere debet exusto aedificio* (D. 18.4.21).

Es decir que, **si el vendedor, sin culpa, dejó de poseer [perdió la posesión de la cosa vendida] deberá dar sus acciones [debe ceder su acción reivindicatoria al comprador para que éste obtenga la posesión]**, al igual que el vendedor de un edificio que se incendió (*exusto aedificio*) debe entregar al comprador el solar (*aream tradere debet*) para que éste pueda usarlo edificando.

Y se ha de reajustar el precio (16).

2. El D. 18.4.21 **ordena** una analogía y una consecuente equivalencia de efecto jurídico entre dos supuestos de hecho diferentes.

Según las normas romanas, la cosa vendida ha de conservarse íntegra en el momento de la perfección del contrato de compraventa y se considera vicio o defecto de la cosa vendida su no integridad por la anterior *pérdida parcial de la cosa, de una parte material que dejó de existir*, como el edificio incendiado, del que resta el solar, pero el comprador puede mantener la vigencia del contrato con la obligación para el vendedor de entregar el resto de la cosa y con la recíproca reducción del precio a entregar por el comprador, proporcional a la reducción de la cosa, si ejercita la acción *quantum minoris*. Aunque puede invalidar el contrato por la imposibilidad de recibir la cosa íntegra si ejercita la acción *redhibitoria* (de restitución o devolución de la cosa y del precio). Es una opción que corresponde al comprador.

(16) Esta «ley» o edicto del pretor impone al vendedor un efecto o resultado atributivo de la propiedad que debe acatar: la pertenencia al comprador, a causa o por efecto del contrato de compraventa de la cosa que ha comprado y **pagado** al vendedor que resulta estaba desposeído al vender.

Esta «ley» fue tenida en cuenta por IHERING en un estudio que transcribí en mi primero de 1980, íntegramente traducido por primera vez del «Anuario de Ihering» (*Iherings Jahrbücher*, tomo primero, de 1857, que obtuve por fotocopia en la Facultad de Derecho de Praga en 1977) (v. *Transmisión...*, pág. 58 y sigs.).

Esta «ley» también la tuvo en cuenta RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (v. *Transmisión...*, pág. 133, n. 186, y pág. 275).

Por otra parte, también es vicio o defecto de la cosa vendida la no posesión, la desposesión del vendedor por la anterior *pérdida de la posesión de la cosa, por la pérdida temporal o durante algún tiempo de la cosa* (esclavo o caballo que huye y que un tercero posee en concepto de dueño), porque se entiende que al vendedor le queda, como resto de la cosa que poseía, su derecho de pertenencia controvertida y, *en sustitución de la posesión, la acción reivindicatoria* para recuperar la posesión de la cosa en la actualidad perdida, pero sólo transitoriamente si la sentencia estima la reivindicación.

La ley (D. 18.4.21, de PAULO) considera que el supuesto de hecho de la pérdida de la posesión de la cosa es análogo y equiparable o similar al supuesto de hecho de la pérdida de una parte material que ha dejado de existir de otra cosa, por lo que el efecto jurídico que procede atribuir a la pérdida de la posesión ha de ser equivalente (valer lo mismo), o ser similar, aunque no sea idéntico, al efecto jurídico de la pérdida material parcial, y así, para mantener la vigencia del contrato de compraventa concertado, el edicto del pretor en **D. 18.4.21 sustituye el deber de entregar o hacer tradición** transmisiva de la posesión en concepto de dueño de la cosa, cuyo cumplimiento es imposible actualmente y durante algún tiempo, **por el deber de hacer cesión de la acción reivindicatoria**, que resulta cumplido *ex lege* en el momento de la perfección del contrato, de manera que a causa del contrato y mediante la cesión legal de la acción reivindicatoria se produce la transmisión por el vendedor y la adquisición por el comprador del derecho de propiedad controvertido con la inseparable acción reivindicatoria para, sin demora, interrumpir la usucapión en curso y más tarde obtener la posesión, actuando en nombre propio aunque con llamamiento en garantía del vendedor (en vez de actuar en nombre del vendedor como *procurator in rem suam* hasta obtener la posesión y con ella la propiedad), sin perjuicio de lo que se pacte para el caso de evicción por la posible no pertenencia de la cosa al vendedor.

3. Así pues, según el Derecho anterior a 1861 (D. 18.4.21, de PAULO), el comprador que contrató una *compraventa normal* u ordinaria y después de la perfección del contrato llega a conocer que el vendedor estaba desposeído en el momento de la perfección del contrato puede conformarse con adquirir la propiedad controvertida de la cosa que el vendedor manifiesta le pertenece pese a que no tiene la posesión porque un tercero la ostenta en concepto de dueño, en cuanto para obtener la posesión podrá actuar judicialmente contra el tercero poseedor ejercitando la acción reivindicatoria; *como si* hubiera conocido la desposesión al perfeccionarse el contrato y directamente hubiera concertado una compraventa-cesión. Y su decisión optativa puede quedar manifestada por el hecho de demandar al poseedor con llamamiento en garantía al vendedor, sin perjuicio de hacerla constar al fundamentar la demanda.

Parece que inicialmente la acción reivindicatoria del vendedor desposeído se cedía o mandaba, al comprador de la cosa que un tercero posee en concepto de dueño, concertando un mandato o poder (*procuratio in rem suam*) adicional a la venta, por el que el comprador decidía su opción y el vendedor la acataba.

Pero según una constitución de Justiniano (C. 4.39.9) estudiada por EMILIO VALIÑO (17), el comprador de una acción real (que por antonomasia es una acción reivindicatoria), no necesita un adicional mandato o poder para ejercitar la acción reivindicatoria (como acción cedida o mandada) porque se le concede que la ejerce útilmente, como acción útil, en nombre propio, porque *ex lege* la adquirió en el momento de la perfección del contrato de compraventa, por equiparación a lo que ya ocurría respecto a la venta de la acción personal del vendedor acreedor pecuniario.

Así se unifica el régimen de la cesión de todos los derechos incorporeales o las acciones, tanto personales como reales, sistema que siglos más tarde adopta el artículo 1.526 del Código Civil español (v. *Transmisión...*, pág. 91).

Es decir, desde que el edicto del pretor concede o atribuye al comprador la acción reivindicatoria del vendedor, ya no es necesario pactar o acordar un adicional pacto o *acuerdo* de cesión entre vendedor y comprador porque en el momento de la *perfección* del contrato de compraventa se produce el *simultáneo cumplimiento o consumación* del contrato transmisivo de la propiedad mediante la cesión legal (*ex lege*) de la acción reivindicatoria del vendedor que sustituye a la tradición imposible, lo que implica la atribución o transmisión del derecho de propiedad con la acción reivindicatoria.

La venta-cesión de la titularidad o pertenencia del derecho incorporal de crédito pecuniario del vendedor y tradente de una cosa para exigir judicialmente al comprador la *entrega de la posesión de una cantidad de dinero* (precio) y así adquirir su propiedad, que produce el efecto de la transmisión o cesión legal (*ex lege*) del derecho incorporal de crédito pecuniario, *simultánea* a la perfección de la venta-cesión, *sirve como modelo* para la venta-cesión de la titularidad o pertenencia de la acción reivindicatoria y del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído con su inseparable acción reivindicatoria contra quienquiera que posea la cosa (*erga omnes possidentes*), para exigir judicialmente al tercero poseedor la *devolución de la posesión en concepto de dueño de la cosa* que injustamente tiene, y esta venta-cesión produce el efecto de la transmisión o cesión legal (*ex lege*) de la acción reivindicatoria y del derecho de propiedad controvertido, *simultáneo* a la perfección del contrato.

(17) EMILIO VALIÑO, *Acciones útiles*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, pág. 186.

4. El artículo **1.460.2** del Código Civil ordena, como secularmente ordenaba el Derecho Romano y español anterior a 1889, que «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiera perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato. Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá **optar** entre desistir del contrato o reclamar la [entrega de] la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido».

Se trata de la **opción** entre la acción *redhibitoria* (invalidatoria, anulatoria o, históricamente, rescisoria, con restitución del precio cobrado) y la acción *quanti minoris* (de reducción del precio).

Se aplica a la pérdida material anterior a la perfección del contrato. Sin perjuicio de su aplicación a la pérdida sobrevenida después de la perfección del contrato pero antes de la entrega.

A esta opción del artículo 1.460.2, en principio, se puede referir la facultad que el D. 18.4.21 atribuye al que compra a un vendedor desposeído.

Ahora bien, no resulta aplicable la opción del artículo 1.460.2 cuando la venta se otorga mediante escritura notarial porque el artículo 1.462.2 ordena el mantenimiento del contrato de la manera posible, salvo pacto contrario al efecto legal debidamente escriturado.

Desistir del contrato e imponer esta decisión del comprador al vendedor parece que no exige necesariamente actuar un juicio reivindicatorio en el que se resuelva ante todo si la cosa pertenece al vendedor o al tercero poseedor, así que bastaría probar la controversia con el tercero poseedor aunque no haya pleito y sentencia firme.

No obstante, si no hay una decisión probada de desistir o de mantener el contrato parece que la ley preconiza la solución de mantener el contrato.

Por otra parte, el artículo 1.460.2 parece exigir una opción expresa que es lógica para el supuesto de hecho de la pérdida *material extintiva* de toda la cosa o de parte de ella. Ahora bien, el supuesto de hecho de la pérdida de la posesión porque la tiene un tercero implica, más bien, un vicio *jurídico* que se refiere a la pérdida de la totalidad de la cosa (al hecho de la posesión en concepto de dueño de la totalidad de la cosa por un tercero) e impone necesariamente el ejercicio judicial de la acción reivindicatoria, pasar de la controversia al litigio reivindicatorio del que resultará si se trata de un vicio de la totalidad de la cosa, pero temporal o transitorio cuando la sentencia estima la pertenencia de la cosa al vendedor antes y al comprador ahora, o se trata de un vicio de la totalidad de la cosa y definitivo, de una pérdida total e irremediable de la cosa cuando la sentencia declara la pertenencia de la cosa al poseedor, declara que se ha vendido cosa ajena y que es inválido el contrato de venta al demandante.

Además, el artículo 1.460.2 no alude a una controversia con un tercero causante de la pérdida (o beneficiado por ella) y en este caso es lógico que

se refiera a una opción entre mantener la compra, con reducción de la cosa perdida parcialmente y del precio, o desistir de la compra.

5. En cambio, el mismo Código Civil, al tratar «de la pérdida de la cosa debida» ordena (art. 1.182): «quedará extinguida la obligación que consiste en *entregar una cosa determinada* cuando ésta se perdiere o destruyere...» [totalmente] y aclara que (art. **1.186**), «extinguida la obligación por la pérdida [total] de la cosa **corresponderán** al acreedor (*comprador*) todas las acciones que el deudor (*vendedor*) tuviera contra tercero (*poseedor o beneficiario*) por razón de ésta» pérdida.

Es decir, que el artículo 1.186, aunque en principio atiende al posicionamiento del comprador frente al vendedor, introduce el posicionamiento del comprador frente al tercero causante de la pérdida de la cosa, de manera que cede o atribuye al comprador, al que «**corresponderá**» desde el momento de la perfección de la venta, la acción reivindicatoria que el vendedor «tuviera contra el tercero» poseedor, contra el «desposeedor» o causante de la desposesión, cesión que sustituye a la tradición imposible (18).

Por la simple aplicación del artículo 1.182, la pérdida de la posesión de la cosa [que es una pérdida de la totalidad de la cosa aunque temporal o transitoria, pese a que la norma romana (D. 18.4.21) la compara con la pérdida parcial de la cosa al efecto de aplicar una opción entre mantener o desistir del contrato] parece que implica la *extinción* de la obligación del vendedor de entregar la cosa en la actualidad.

Pero se puede mantener el contrato como si se tratara de una pérdida parcial material de la cosa atendiendo a la imperativa cesión de acciones a favor del comprador contra el tercero causante de la pérdida, no sólo de la pérdida total sino también de la pérdida parcial, con una posible reducción del precio de la compraventa normal contratada.

Por esto, la ley **sustituye** la tradición imposible, el actualmente imposible cumplimiento de la obligación de transmitir la posesión en concepto de dueño, por la cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria del vendedor contra el tercero poseedor causante de su desposesión, y así el comprador adquiere el derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído con la acción reivindicatoria y puede ejercitarla en nombre propio para, sin demora, interrumpir la usucapión en curso y recuperar más tarde la posesión perdida temporalmente, sin necesidad de acordar con el vendedor, expresamente, un

(18) LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (4.^a ed., 1993, Ed. Civitas, S. A.), T. II, págs. 657 y 658. El artículo 1.186 procede del Código de Napoleón (art. 1.303) inspirado en Pothier, quien sintetizó diversos preceptos romanos y se refería a un caballo perdido al ser arrebatado con violencia, según estudio de J. ROCA JUAN, considerado por DíEZ-PICAZO al tratar de la imposibilidad de la prestación, sobrevenida, de carácter parcial, y de la **cesión legal** como mejor tesis aplicable al caso, pese a las dificultades teóricas.

pacto de cesión de la acción reivindicatoria posterior al consentimiento contractual que perfecciona la compraventa (suponiendo que al contratarla no hubo pacto adicional de cesión de una eventual acción reivindicatoria).

La ley cede o atribuye o transmite al comprador la acción reivindicatoria del vendedor, que sustituye a la tradición actualmente imposible, en el momento de la perfección del contrato de compraventa, simultáneamente (arts. 1.186, 1.526 y C. 4.39.9).

De manera que por efecto de la venta y *mediante la cesión (ex lege) o atribución de la acción reivindicatoria del vendedor* que sustituye a la tradición imposible, resulta transmitido al comprador el derecho de propiedad incorporal y controvertido con la acción reivindicatoria del vendedor desposeído contra el tercero poseedor actual en concepto de dueño que causó la desposesión (la pérdida de la posesión del vendedor de la cosa) para que devuelva la posesión de la cosa.

Si el comprador ejercita la acción reivindicatoria opta por mantener la vigencia del contrato porque confía en la pertenencia del derecho al vendedor y espera vencer en el juicio.

Pero aunque no lo exprese el artículo 1.186, el comprador puede decidir desistir del contrato y del ejercicio de la cesión legal, no actuar contra el tercero poseedor, rechazar la adquisición de la acción reivindicatoria y de la propiedad. En consecuencia del desistimiento, el vendedor podrá actuar contra el tercero poseedor y el comprador podrá actuar contra el vendedor que no ha entregado la cosa para que judicialmente se declare inválido el contrato.

Respecto al plazo para optar por desistir del contrato, desechando el mantenimiento que preconizan el artículo 1.460.2 y el 1.186, más que aplicar el plazo de prescripción de seis meses referente a los vicios materiales de la cosa (art. 1.490) parece lógico aplicar el plazo de un año referente a los vicios jurídicos por gravámenes ocultos (art. 1.483) o a la posesión (arts. 460.4.º, 1.968.1.º, 1.944 sobre interrupción y 36.1 LH para la usucapión *contra tabulas*).

6. Ante la situación de desposesión del vendedor y la consiguiente imposibilidad para el vendedor de cumplir la obligación de entregar la cosa seguidamente a la perfección del contrato, cuando el proceso judicial es inevitable y sólo en juicio se puede decidir si se trata de cosa propia del vendedor o si se trata de cosa propia del poseedor e inválidamente se ha vendido cosa ajena, para mantener la vigencia del contrato, imponía la ley romana del D. 18.4.21 y del C. 4.39.9 hasta 1889 y ahora el artículo 1.186 impone al vendedor dar, ceder o transmitir al comprador la acción reivindicatoria, en el sentido de que impone al vendedor el que se considere dada, cedida o transmitida la acción reivindicatoria que sustituye a la tradición imposible en el mismo momento de la perfección del contrato, simul-

táneamente, para que el comprador pueda, sin demora, interrumpir la usucapión en curso y más tarde obtener la posesión de la cosa, judicialmente y con ayuda del vendedor, de manera que si el vendedor ha cobrado el precio de la compra o ha pactado el aplazamiento del cobro, se le impone acatar un efecto legal o resultado atributivo de la propiedad, el efecto de que, a causa de la perfección del contrato de compraventa y mediante la simultánea cesión legal de la acción reivindicatoria, que sustituye a la tradición imposible, *pertenece* al comprador la cosa comprada y pagada, el derecho de propiedad incorporal y controvertido con la cedida *ex lege* acción reivindicatoria del propietario desposeído, para obtener más tarde la posesión.

Aunque en caso de evicción del comprador, por ser inválida la venta de cosa ajena, la pérdida de la posesión, aparentemente transitoria, resultaría definitiva.

Hay que entender que la misma solución procedía cuando la pérdida de la posesión era posterior a la perfección del contrato y por imposibilidad de cumplimiento de la obligación de entregar la cosa íntegra se podía rescindir el contrato (19).

El comprador-cesionario, actuando en nombre propio, como propietario, será quien demande al poseedor en concepto de dueño, presuntamente titulado (art. 448).

Todo esto sin perjuicio de que, expresamente, pueda acordarse una compraventa normal con un pacto adicional de cesión impropia (mediante una *procuratio in rem suam*) de la acción reivindicatoria, para que al recobrar la posesión el vendedor poderdante, éste realice la tradición al comprador y entonces resulte transmitida la propiedad.

7. Así pues, la cesión de la acción reivindicatoria evoluciona con las siguientes fases:

1.^a Inicialmente, el deber de ceder la acción reivindicatoria se cumple mediante un poder o *procuratio in rem suam* que autoriza al comprador para ejercer en su propio interés la acción ajena, sin transmisión del derecho ni de la acción.

(19) El contrato de compraventa es un contrato de resultado, de intercambio de propiedades (o de garantizadas posesiones en concepto de dueño) con asunción de obligaciones (v. *Tráfico jurídico...*, págs. 31 a 36) y atendiendo a la reciprocidad de las transmisiones y de las obligaciones acordadas y al favor legal al cumplimiento del contrato válido, el artículo 1.124 ordena una **opción** a favor del contratante perjudicado por el incumplimiento del otro, que puede referirse al cumplimiento por el comprador que ha pagado el precio o ha concertado su aplazamiento, y al incumplimiento por el vendedor después de la perfección del contrato porque ha dejado de ser el poseedor en concepto de dueño y actualmente no puede realizar la entrega de la cosa, y es controvertido que sea el propietario.

2.^a Posteriormente, se considera que el deber de ceder la acción reivindicatoria queda cumplido, sin necesidad de pacto o poder, por disposición del edicto del pretor, *ex lege*, que se impone al vendedor, por la que el comprador puede ejercer útilmente, como acción útil, en nombre propio, la acción que correspondía al vendedor, y así la acción reivindicatoria queda cedida o transmitida en sustitución de la transmisión de la posesión en concepto de dueño, de la entrega o tradición de la cosa que es imposible en la actualidad de la perfección del contrato y durante algún tiempo, por lo que se dice que la cesión tiene la fuerza de la tradición, *vim traditionis*, y equivale a la entrega en cuanto requisito adicional condicionante de la eficacia de la venta para la transmisión de la propiedad de la cosa.

Esta cesión se entiende transmite la acción como algo distinto pero inseparable contractualmente del derecho de propiedad del que deriva, por lo que el derecho también resulta transmitido a causa o por efecto del contrato de venta y mediante la atribución o cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria.

3.^a Finalmente, considerada la situación de controversia sobre la desposesión del vendedor por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año en el momento de la perfección del contrato de compraventa normal, que determina la imposibilidad de que el vendedor realice la tradición en el momento de la perfección de la venta (en el que se presuponía que el vendedor era el poseedor en concepto de dueño), para mantener la vigencia del contrato durante la situación de pendencia de la controversia y litigio en su caso, la norma jurídica del artículo 1.186 *modifica sustitivamente el contrato de compraventa normal, en cuanto sustituye el deber de entregar la cosa vendida por el deber de acatar la cesión ex lege de la acción reivindicatoria*, de manera que a causa o por efecto del contrato de venta normal pero mediante la atribución o cesión legal de la acción reivindicatoria que sustituye a la tradición imposible, queda consumada la transmisión al comprador del derecho de propiedad de pertenencia controvertida con la inseparable acción reivindicatoria para decidir la controversia y recobrar la posesión como dueño.

En este sentido se podría leer en el artículo 609.2, al final, que la propiedad se transmite por consecuencia del contrato de compraventa *mediante la tradición, sustituida por la cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído*.

Al mismo resultado se llega por aplicación del artículo 609.2, al principio, cuando dice «por la ley», que en este caso es la ley del artículo 1.526.

El artículo 1.462.2 **presupone** la voluntad de los contratantes de mantener la vigencia de la compraventa normal concertada mediante escritura notarial y la voluntad del comprador de no desistir del contrato sino de adquirir la propiedad de la cosa, como ocurría antes de 1889 cuando se

pactaba expresamente la cláusula de estilo para la cesión de la eventual acción reivindicatoria contra tercero poseedor en concepto de dueño. Salvo pacto contrario, que ha de resultar claramente expreso o deducible de la misma escritura notarial que formaliza el contrato de compraventa, su perfección y su consumación simultánea en la fecha de la escritura.

Así, cuando resulte que el comprador mediante escritura notarial *normal* desconocía la situación de desposesión del vendedor por la que la tradición es imposible, aunque el derecho de propiedad sobre la cosa resulta transmitido y adquirido por efecto del contrato de compraventa en la fecha de la escritura sin tradición adicional, aparentemente como en el Código de Napoleón, legalmente puede diferenciarse, en ese momento, la perfección acordada de un contrato de compraventa normal y su modificación adicional pero simultánea por la cesión legal al comprador de la acción reivindicatoria del vendedor contra el tercero poseedor en concepto de dueño, salvo pacto contrario, una concesión o atribución por la ley que sustituye a la tradición imposible, para que, a causa del contrato *normal* pero mediante la cesión legal de la acción reivindicatoria, el comprador resulte propietario desde la fecha de la escritura, pueda inmediatamente interrumpir la usucapión en curso y más tarde obtener la posesión material de la cosa, liquidando la situación anterior con el poseedor vencido, porque la propiedad pertenecía al vendedor o, pese a que no le pertenecía, porque el comprador con título inscrito es un tercero registral amparado por la Ley Hipotecaria (v. *Tráfico jurídico...*, pág. 154.2).

Claro que esta cesión legal de la acción reivindicatoria *adicional y modificativa* de un contrato de compraventa *normal*, se diferencia de la cesión *directa*, al amparo del artículo 1.526, del derecho de propiedad incorporal y controvertido con la inseparable acción reivindicatoria del vendedor propietario desposeído, por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, cesión *directa* en la que el comprador *conoce* la situación de desposesión del vendedor, pues la cesión *directa* no requiere un adicional pacto de cesión de la acción reivindicatoria o una adicional cesión legal de la acción reivindicatoria. Obsérvese que la compraventa-cesión de un crédito pecuniario siempre implica una cesión *directa*, desde la constitución de Justiniano C. 4.39.9.

2. Tener la acción reivindicatoria es tener la propiedad de la cosa:
D. 6.1.63 de Papiniano y D. 50.17.15 de Paulo

1. Según MAX KASER (20), en el Derecho Romano clásico, para llevar a cabo el proceso reivindicatorio cuando se opta por el procedimiento *per*

(20) MAX KASER, *ob. cit.*, pág. 126.6 y pág. 127.8.

formulam petitoriam (y no por el procedimiento *per sponsionem*), el juez que estima que la propiedad pertenece al actor, emite una resolución de carácter provisional (*pronuntiatio*) dejando al arbitrio del demandado el restituir al actor *in natura* (*iussum de restituendo*). Si el demandado acata el *iussum* queda absuelto. En otro caso, por la sentencia es condenado en una cantidad de dinero de cuantía igual a la del valor pecuniario de la cosa en el momento de trabarse el litigio (*litis contestatio*) fijado por el actor mediante juramento (*iusiurandum in litem*), pese a que este valor de la cosa superará, en la generalidad de los casos, al valor que resultaría de una estimación judicial (*litis aestimatio*).

Si el poseedor demandado es condenado en dinero, desde Juliano tiene una situación similar a la del comprador que ha comprado la cosa al actor, así que el demandado que posee la cosa, desde el momento en que se dictó la sentencia pasa a ser un poseedor *ad usucapionem pro emptore*, y si el actor era, hasta el mismo momento, el dueño quiritorio de la cosa, el poseedor pasa a ser el propietario bonitario, si bien en la época de Justiniano (cuando ya no distingue al propietario quiritorio del propietario bonitario) pasa a ser el propietario (D. 6.1.46 de Paulo y D. 6.1.70 de Pomponio).

En cambio, si el demandado ha perdido la posesión de la cosa (un esclavo fugitivo) que un tercero posee en concepto de dueño, y el demandado puede ejercitar la acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida, el pretor le ordena que debe ceder la acción reivindicatoria al actor (D. 6.1.63 de Papiniano, v. *Transmisión...*, pág. 77). En este caso, el actor cesionario de la acción reivindicatoria, en situación procesal de comprador de la cosa al demandado, pasa a ser el propietario de la cosa en el mismo momento de la cesión, en cuanto puede ejercitar la acción reivindicatoria incluso contra aquel demandado cedente que ha logrado recuperar la posesión (al regresar, ser devuelto o capturado el esclavo fugitivo).

Así resulta que ***el comprador-cesionario es el nuevo propietario de la cosa***, el *verus dominus*, el propietario verdadero, ***sin habérsele entregado la cosa, sin haber recibido la cosa***, si pertenece al vendedor, como demostró el catedrático italiano EDUARDO CARRELLI en su estudio monográfico sobre *L'acquisto della proprietà per «litis aestimatio» nel processo civile romano* (v. *Transmisión...*, pág. 76, comprado en Roma en 1953 y extensamente citado en mi estudio de 1980).

2. Por otra parte, pero con igual sentido, el jurisconsulto PAULO, el mismo autor del principio fundamental para el tráfico jurídico de cosas (D. 41.1.31.pr.) siglos más tarde denominado sistema del título y el modo, no considera que se opone al principio fundamental cuando escribe que (D. 50.17.15) «*is qui habet actionem ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*», o sea, «*quien tiene la acción reivindicatoria tiene la cosa misma*».

Si alguien afirma que le pertenece el derecho de propiedad sobre la cosa que actualmente otro posee en concepto de dueño por más de un año (como declarará una futura sentencia) y vende la cosa o el derecho de propiedad con la acción reivindicatoria, **erróneamente** se podría entender que, para cumplir el principio general del D. 41.1.31.pr., esta venta de la cosa o de la acción reivindicatoria ha de ir seguida de una tradición ficticia, que se dice es posible porque, según ficción de la ley del D. 50.17.15, quien tiene la acción reivindicatoria tiene la cosa, en el sentido de que tiene la posesión de la cosa **«posee la cosa»**, es el poseedor de la cosa.

Pero la ley no puede significar esto porque no puede fingir como si fuera cierto un hecho que *es actualmente imposible*, y en el caso considerado, el que afirma tiene la acción reivindicatoria contra un actual poseedor en concepto de dueño de la cosa, al hacer tal afirmación reconoce el hecho cierto de que no posee la cosa y que es imposible realizar la tradición de la cosa al comprador seguidamente a la perfección de la venta de su derecho de propiedad con la inseparable acción reivindicatoria porque ha de reivindicar judicialmente con oposición del demandado poseedor y quedaría diferida la entrega hasta la ejecución de la sentencia estimatoria firme.

En la regla 15, **«tiene la cosa»** significa **«es el dueño de la cosa»**, es el propietario de la cosa, tiene el dominio de la cosa, tiene la propiedad de la cosa, actualmente sin la posesión, pero con la acción reivindicatoria para recuperarla, **le pertenece el derecho de propiedad** sobre la cosa, aunque actualmente no la posee, pero para recuperarla tiene la acción reivindicatoria contra el tercero actual poseedor en concepto de dueño.

De manera que si alguien vende su derecho de propiedad con la acción reivindicatoria contra un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, se ha de interpretar que transmite su derecho de propiedad como lo tiene, sin la posesión actual, pero con la acción reivindicatoria para recuperar la posesión, por lo que **el comprador adquiere el derecho de propiedad controvertido del propietario desposeído, sin la posesión actual y, por tanto, sin necesidad de que medie una actualmente imposible tradición o transmisión de la posesión, pero mediante la cesión de la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en concepto de dueño, que sustituye a la tradición según la interpretación tradicional de la ley.**

Aunque **realmente** en el transmitido derecho de propiedad corporal y controvertido del propietario desposeído está integrada la facultad de poseer y la derivada acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en concepto de dueño para obtener la posesión, y se ha de entender que, en este sentido, **son sinónimos... la acción reivindicatoria... y el derecho de propiedad corporal y controvertido con la inseparable acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en concepto de dueño o derecho de propiedad o, simplemente, propiedad, del propietario desposeído.**

Es decir, que por el contrato de compraventa-cesión del derecho incorporal y controvertido de propiedad del propietario desposeído pero mediante la cesión legal simultánea de la inseparable acción reivindicatoria para recuperar la posesión de la cosa (o sea, por la compraventa del derecho de propiedad mediante la simultánea cesión legal de la acción reivindicatoria del propietario desposeído de la cosa por el tercero poseedor en concepto de dueño), **queda transmitido** por el vendedor-cedente y adquirido por el comprador-cesionario **el derecho de propiedad controvertido con la inseparable acción reivindicatoria**, sin necesidad de fingir que se ha realizado, seguidamente a la venta, una tradición que es imposible en la actualidad de la perfección del contrato, ...e incluso sin necesidad de rememorar que históricamente considerar realizada una cesión o atribución *ex lege* de la acción reivindicatoria significaba que quedaba transmitida la propiedad por efecto del contrato de compraventa pese a que no se había realizado seguidamente una imposible tradición o transmisión de la posesión, **porque así lo ordenaba el edicto del pretor (D. 18.4.21).**

Si el vendedor cedente verdaderamente es el propietario, aunque está desposeído y tiene la acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida como más tarde declarará la sentencia estimatoria de la reivindicación, a causa o por efecto del contrato de compraventa, pero mediante la simultánea cesión legal (*ex lege*) de la acción reivindicatoria también simultáneamente transmite al comprador y éste adquiere el derecho controvertido de propiedad sobre la cosa, lo que le permite inmediatamente interrumpir la posesión *ad usucapionem* y ejercitar la acción reivindicatoria en nombre propio, obviando los problemas de la *procuratio in rem suam*.

Así se interpreta la compraventa-cesión de la acción reivindicatoria en el último estadio evolutivo, ya superado el anticuado estadio de la *procuratio in rem suam*, en el que se quedó encallada la opinión de VALLET DE GOYTISOLO y de ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, como analicé en mi estudio sobre «Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción» publicado en la *RCDI* de 1987.

Pese a que la doctrina española parecía haber olvidado la importancia de algunos textos romanos referenciados (D. 18.4.21, C. 4.39.9 y D. 6.1.63) que estaban vigentes en España antes de 1889, pues los intérpretes «auténticos», en cuanto legisladores, sólo hacen referencia al D. 50.17.15.

FLORENCIO GARCÍA GOYENA, el «padre» del Proyecto de Código Civil de 1851, califica a la acción reivindicatoria y al derecho del propietario desposeído como «cosa incorporal» y apoya su afirmación en dicha regla 15 del Derecho (v. *Tráfico jurídico...*, pág. 155.3).

PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el «padre» y comentarista auténtico de la Ley Hipotecaria de 1861, también cita dicha regla 15 del Derecho, para apoyar su criterio de que la expresión «cesión de la *acción reivindicatoria*» equi-

vale a la expresión «cesión del *derecho del propietario* cuando otro es el poseedor» en concepto de dueño [cuando el propietario está desposeído] y, en consecuencia, para fundamentar su criterio de que puede y debe inscribirse la escritura notarial en la que vende o cede la finca o su derecho de propiedad el propietario según el Registro de la Propiedad, el titular registral actual del dominio, aunque luego resulte que estaba desposeído, pues transmite su derecho sin mediar tradición cuando ésta es imposible porque existe un poseedor en concepto de dueño que intenta usucapir contra el titular registral propietario desposeído (v. *Tráfico jurídico ...*, pág. 156.4).

Lo dice expresamente y con toda claridad al analizar tal equivalencia en su comentario al artículo 2.º y al diferenciar una inscripción segunda de una inscripción inmatriculadora al estudiar el principio del tracto sucesivo registral en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1861, es decir, que trata la cuestión en dos partes diferenciadas de su obra, no en una sola ni de manera incidental o de pasada.

Al tratar del artículo 2.º expone que «El célebre jurisconsulto PAULO dijo en un fragmento, que por su importancia ha sido colocado en el Digesto: *is qui habet actionem ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur* (Ley 15, Tít. XVII, L. L del Dig.) pero esta regla no debe ser entendida literalmente porque, sin duda, es mejor tener la cosa que la acción, según concisamente escribe POMPONIO (Ley 204 del mismo título y Libro); lo que *quiere decir* es que, *por ficción del Derecho, el dominio de la cosa no poseída por el dueño está reemplazado por la acción reivindicatoria*» [en este sentido, la acción reivindicatoria reemplaza o representa al dominio del propietario desposeído hasta que la sentencia estimatoria declara la pertenencia del dominio al comprador y éste obtiene la posesión].

«El que [al vender una finca, verdaderamente] traspasa a otro la acción reivindicatoria de una cosa inmueble no le traspasa la [posesión de la] misma cosa; lejos de esto, al adquirente *se transfiere un derecho* [de propiedad pero incorporeal y controvertido, que faculta para poseer pero que actualmente no está acompañado por la posesión y] más o menos dudoso, *más o menos controvertible* o contestable: su acción ha de correr los azares de un pleito; pero si llega a triunfar, si la acción que antes representaba el dominio es reemplazada por la declaración judicial [de la pertenencia] del mismo, no puede decirse que este dominio, que esta propiedad, tiene como título la sentencia; ésta sólo se ha limitado a hacer la declaración de una cuestión litigiosa [sobre pertenencia del dominio] no a transferir la propiedad: el derecho del adquirente [propietario] arranca de la compra, de la cesión, de la causa legítima en virtud de la cual adquirió la acción: el fallo ha hecho solamente depurar el derecho [la pertenencia del dominio], dar al [comprador] adquirente lo que a no habérsele traspasado la acción no le correspondería, poner límite a las alternativas y terrores del litigio, y *considerar como*

dueño al cesionario, no desde el día de la ejecutoria [como entendieron VALLET DE GOYTISOLO y ALVAREZ CAPEROCHIPI] sino *desde el traspaso de la acción* [por efecto del contrato de compraventa], lo que es una prueba de que este acto es el traslativo del derecho real».

En resumen, se ha de recordar que según el Derecho Civil español anterior a la Ley Hipotecaria y al Registro de la Propiedad, conforme a la «regla del Derecho número 15» del Digesto de Justiniano, el contrato de compraventa-cesión *expresamente* referido al derecho del vendedor que **manifiesta** ser propietario no poseedor de una finca porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, es un contrato transmisivo del derecho de propiedad del vendedor, simultáneamente, sin necesidad de fingir la existencia de una tradición que es actualmente imposible, y también es un contrato obligatorio.

A primera vista parece que GÓMEZ DE LA SERNA alude exclusivamente al comprador mediante escritura notarial en la que se **manifiesta** la situación de desposesión del vendedor, para preconizar como posible y conveniente o necesaria su inscripción registral, en cuanto polemiza enfrentándose al caso más «sorprendente» para quienquiera que, como él mismo, es paladín de la vigencia del sistema del título y el modo, aunque sea un caso poco frecuente, ya que podría ser más frecuente que la escritura **silenciara** la desposesión del vendedor para no plantear dudas al registrador que ha de calificar antes de inscribir, y aún más frecuente podría ser el **desconocimiento** de la desposesión del vendedor, que sólo pasa a ser conocida después de practicada la inscripción.

También para estos casos es evidentemente válida la argumentación de GÓMEZ DE LA SERNA, pese a sus contradictores, porque según las normas vigentes entonces (D. 18.4.21 y D. 50.17.15) cuando el comprador desconoce la situación de desposesión del vendedor resulta adquirente del controvertido derecho de propiedad del vendedor con la acción reivindicatoria mediante la cesión *ex lege* de ésta.

Después de entrar a regir el Código Civil de 1889, al amparo de su artículo 6.2, dicha regla 15 puede invocarse y aplicarse como principio general del Derecho.

B-1) *Compraventa-cesión directa de un derecho incorporal:
el del acreedor pecuniario o el del propietario desposeído
por un tercero poseedor en concepto de dueño por más
de un año: artículo 1.526*

1. El artículo **1.526** del Código de 1889 vigente, adopta el principio general de la constitución de Justiniano (C. 4.39.9) que equipara todas las ventas-cesiones directas o propiamente dichas de derechos incorporales o

acciones, sean personales o reales, para los que dispone u ordena una transmisión directa o por efecto sólo y simultáneo de la perfección del contrato de compraventa, sin requisito adicional al contrato y sin demora respecto al momento de su perfección.

Así, el artículo 1.526 es el artículo primordial para la *especial venta-cesión directa de un derecho incorporal* propiamente dicho (excluidos los derechos reales parciales cuasi posesorios, susceptibles de cuasi tradición, a los que el art. 1.464 denomina ambiguamente derechos incorporales en vez de derechos cuasi corporales o cuasi posesorios como pudo haber dicho).

Complementando lo dispuesto por el artículo 609.2, al final (para la transmisión de la propiedad de una cosa «por consecuencia» del contrato de compraventa, pero «mediante la tradición») el artículo 1.445 es el artículo primordial para la *normal* venta de una *cosa corporal* (o sea, del derecho de propiedad y de la posesión de una cosa que el propietario posee en concepto de dueño) seguida de la tradición o de un *derecho real cuasi posesorio*, seguido de la cuasi tradición a la que se refiere el artículo 1.464.

Ahora bien, el Código Civil añade el artículo 1.526 para las peculiaridades de la *especial* venta-cesión directa de un *derecho incorporal* o (sinónimamente) *acción*, sin adicionar a una compraventa normal un antiguo acuerdo o pacto o poder o mandato de *procuratio in rem suam*.

El artículo 1.526 comprende la venta-cesión *directa* del derecho incorporal a recibir la posesión para adquirir la propiedad de la cantidad de dinero del precio correspondiente a una venta anterior, que se debe al ahora vendedor-cedente del crédito, a quien pertenece el crédito por haber sido el vendedor tradente de una cosa antes de recibir su precio.

El artículo 1.526 comprende también la venta-cesión *directa* del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño desde hace más de un año, derecho del que deriva y es contractualmente inseparable la acción reivindicatoria correspondiente para defender la pertenencia del derecho y recuperar el «corpus» o la corporalidad de la cosa, interrumpiendo la posesión *ad usucapionem* antes de que el poseedor llegue a adquirir la propiedad por usucapión consumada. Venta o cesión **directa** de un derecho de propiedad incorporal que presupone el que ambas partes **conocen** la situación de desposesión del vendedor.

Venta especial que es distinta de la venta normal, que presupone la posesión del vendedor en cuanto ha de entregar y transmitir la posesión en concepto de dueño para que resulte transmitida la propiedad conforme al artículo 609.2, al final, al 1.095 y al 447.

Sin perjuicio de que cuando tal presuposición, propia de la venta normal, resulte no ser cierta porque se desconocía que el vendedor estaba desposeído en el momento de la perfección del contrato y no puede realizar seguidamen-

te la tradición de la cosa, la ley (antes D. 18.4.21, hoy art. 1.186) sustituye la tradición que transmite la posesión para la transmisión de la propiedad por la denominada cesión legal o atribución *ex lege* al comprador de la acción reivindicatoria que defiende la pertenencia del derecho de propiedad, propiedad que así se atribuye actualmente al comprador como anteriormente perteneció al vendedor y, en consecuencia, para que pueda obtener la posesión.

2. Por el contrato de compraventa-cesión directa del artículo 1.526, el derecho de propiedad del vendedor propietario desposeído con la inseparable acción reivindicatoria queda transmitido por efecto del contrato, *sola-mente*, y en el momento de su perfección, *simultaneamente*, al comprador-cesionario. En cambio, si se hubiera contratado una venta normal del artículo 1.445 técnicamente se requiere una simultánea cesión legal sustitutiva del deber de hacer tradición de la cosa, que es imposible en el momento de la perfección del contrato y seguidamente al mismo porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño de la cosa y se atribuye la pertenencia del derecho de propiedad desde antes de dicha perfección, contra el que sólo cabe ejercitar judicialmente la acción reivindicatoria que diferiría la posibilidad de realizar la entrega hasta después de recuperar la posesión en ejecución de la sentencia estimatoria.

3. Obsérvese que, al igual que la compraventa normal del artículo 1.445, la compraventa-cesión directa del artículo 1.526 puede ser verbal. Si lo fuera, resultaría difícil probar su fecha frente al tercero, sea el deudor del crédito o sea el poseedor de la cosa reivindicada, pero el artículo 1.526 dispone que «la cesión de un ...derecho o acción... [será oponible a tercero] surtirá efecto contra tercero *desde* que su fecha deba tenerse por cierta de conformidad a los artículos 1.218 y 1.227. Si se refiere a un inmueble [inmatriculado y a un tercero registral protegido] desde la fecha de su inscripción en el Registro» (21).

De esta manera, la *fecha fehaciente* del contrato de venta-cesión directa del derecho incorporal del propietario desposeído equivale, a efectos probatorios, a la *fecha* de la transmisión de la posesión en concepto de dueño mediante tradición de la cosa que ha de seguir al contrato de compraventa del derecho de propiedad corporal del vendedor propietario poseedor que transmite su posesión en concepto de dueño para que resulte transmitida su propiedad (arts. 609, al final, 1.095, 1.462.1 y 447).

(21) Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, los artículos 1.218 y 1.227, aludidos en el artículo 1.526.1 se han de complementar, respectivamente, con los artículos 319.1 y 326.1 y 2 de la LEC.

Aparte de esto, la referencia del artículo 1.526.2 a la inscripción registral para la compraventa-cesión es equivalente al significado del artículo 606 (art. 23 LH de 1861 o art. 32 de la LH vigente) para la compraventa normal.

Así, la tradición de la cosa adicional a su venta, en cuanto cambio del poseedor en concepto de dueño de la cosa con presunción de título de pertenencia (art. 448) cumple una función de apariencia y prueba del contrato de compraventa y del cambio de propietario, mientras que cuando no cabe hablar de una tradición adicional a una compraventa porque se vende o cede directamente un derecho de propiedad incorporal y controvertido (art. 1.526), la escritura notarial, forma escrita del contrato, cumple una función exteriorizadora o de apariencia y prueba del contrato de cambio del titular del derecho incorporal o acción (arts. 1.218 y 1.225 Código Civil y arts. 319.1 y 326.1.2, LEC 1/2000, de 7 de enero).

Sin olvidar que el artículo 1.462.2 formula un sentir generalizado secularmente: Que la escritura notarial prueba la consumación de la transmisión de la propiedad de la cosa, si pertenece al vendedor. Sin afectar a la eficacia de la inscripción registral atributiva de la propiedad de la cosa pese a no pertenecer al vendedor en los casos a que se refieren los artículos 32, 34, 36, 37 y 40 LH.

4. El efecto transmisivo simultáneo a la perfección de la compraventa-cesión directa respecto al derecho incorporal vendido no excluye el efecto obligatorio del mismo contrato, es decir, el derecho personal del cesionario contra el cedente para exigirle la garantía de la pertenencia, y la responsabilidad procedente si no se cumple el contratado resultado de intercambio de propiedades con la adquisición de la propiedad y de la posesión de la cosa a cambio de la adquisición de la posesión y de la propiedad de la cantidad de dinero del precio de la venta-cesión. El vendedor responderá, en caso de evicción del cesionario demandante en el juicio reivindicatorio, si la sentencia declara que el derecho de propiedad pertenece al poseedor y no pertenecía al cedente, pero en la medida que se haya pactado la garantía en caso de evicción del «contrato sometido a los azares de un pleito» futuro, dada la situación de controversia que ha de concretarse en un litigio o juicio reivindicatorio sobre la pertenencia del derecho entre el poseedor por una parte (art. 448) y el comprador y el vendedor por otra parte (art. 348.2) (un contrato que es distinto de un contrato puramente aleatorio con total exención de responsabilidad).

5. Al perfeccionarse la compraventa-cesión del derecho de propiedad del propietario desposeído de la cosa, del que es inseparable la acción reivindicatoria, el comprador-cesionario lo adquirió *simultáneamente* y como propietario (en nombre propio) actúa al demandar al poseedor, sin la demora que conllevaba la antigua *procuratio in rem suam*.

6. Por otra parte, el período de controversia y posterior litigio hasta la ejecución de la sentencia firme no equivale al período intermedio entre el momento de la perfección del contrato de compraventa normal (cuando el vendedor es el poseedor) y el momento de la tradición (art. 1.095) o el momento de la supletoria ejecución judicial (art. 1.096).

La puesta en posesión por el juez en ejecución de la sentencia estimatoria de la reivindicación, *contra* la voluntad del poseedor *tercero*, no equivale a la puesta en posesión judicial *contra* la voluntad del poseedor *vendedor* (art. 1.096), porque no es una forma de dar cumplimiento a una obligación de entregar la cosa, obligación que sólo puede asumir el vendedor poseedor.

La sentencia no ordenará la puesta en posesión del comprador al amparo del artículo 1.096 para que el comprador adquiera la propiedad, sino que ordenará la puesta en posesión del comprador, como propietario desde la fecha de la compraventa-cesión, para que con el comprador (no con el vendedor) liquide el poseedor vencido su situación posesoria anterior (arts. 451-458) (22).

7. Por aplicación del artículo 1.466, al concertar el contrato de compraventa-cesión, el comprador cesionario habrá pagado el precio si no se ha señalado un plazo para el pago que puede ser posterior a la liquidación de la indemnización convenida con el comprador en consideración a la situación de controversia y litigio probable.

8. En la «teoría» de la cesión de la acción reivindicatoria, el supuesto del conocimiento de la desposesión por el comprador es el supuesto de hecho **primordial** y a él se reconduce el D. 18.4.21 y el artículo 1.186 cuando el comprador ha optado por mantener la vigencia del contrato de compraventa pese a su inicial desconocimiento de la desposesión del vendedor.

Es decir, que el artículo 1.526 se refiere primordialmente al supuesto en que el comprador, en el momento de la perfección del contrato de compraventa **conoce** la situación de desposesión del vendedor, como se ha visto al tratar del comentario de GÓMEZ DE LA SERNA al D. 50.17.15.

Pero es lógico interpretar que el artículo 1.526.1 *también comprende* el caso en que al perfeccionarse la compraventa el comprador **desconoce** la situación de desposesión del vendedor y *al conocerla después*, conforme al principio general deducido del precedente histórico invocado (D. 18.4.21) al estudiar el artículo 1.186, **opta por mantener la vigencia del contrato porque le interesa adquirir la propiedad de la cosa aunque tenga que ejercitar la acción reivindicatoria para obtener la posesión con llamamiento en garantía del vendedor** (art. 1.482).

(22) En este sentido, como ya advertí al final de la primera nota al pie de este estudio, se ha de entender el subtítulo de mi obra *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (Condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor* [art. 1.095] o *supletoriamente mediante la puesta en posesión por el juez* [art. 1.096], **e incondicionada cuando el vendedor está desposeído** [art. 1.526] en cuanto **la tradición** a la que alude el artículo 609.2, al final, **queda sustituida ex lege por la cesión de la acción reivindicatoria**, conforme al D. 18.4.21 y a los artículos 1.186 y 1.462.2.

Como si el comprador hubiera conocido la desposesión y en vez de una compraventa ordinaria, conforme al artículo 1.445, hubiera concertado una compraventa-cesión directa del derecho de propiedad corporal y controvertido, conforme al artículo 1.526, o como si, previsoramente, hubiera contratado una compraventa normal conforme al artículo 1.445, pero con el pacto de cesión de la acción reivindicatoria o de no exigencia de la entrega si acaso el vendedor estuviera desposeído, adaptando la cláusula de responsabilidad en caso de evicción.

9. Respecto a la compraventa-cesión de un crédito pecuniario se ha de tener en cuenta lo que se ha concretado en el párrafo anterior al inicial sobre el D. 6.1.63, porque el crédito pecuniario, por su naturaleza jurídica, no es un derecho controvertido aunque pueda llegar a serlo e incluso pasar a ser un crédito litigioso, y en esto se diferencia claramente de la compraventa-cesión directa del derecho de propiedad corporal del vendedor desposeído, que es un derecho de pertenencia controvertida de manera que la controversia normalmente se decidirá en un litigio o juicio reivindicatorio en el que se ejercitará una acción sustitutiva de una tradición imposible para el vendedor.

B-2) *Compraventa de una cosa mediante escritura notarial, simultáneamente transmisiva de la propiedad salvo pacto contrario. Usualmente denominada venta mediante TRADICION instrumental ex lege de la cosa. Históricamente se configura como una venta mediante CESION instrumental ex lege de la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en concepto de dueño, SUSTITUTIVA ex lege de la tradición actualmente imposible: artículo 1.462.2*

El artículo 1.462.2 se refiere a una escritura notarial normal:

El vendedor ha manifestado y contratado que es el propietario de la cosa y que la posee por el notarialmente referenciado «título adquisitivo», en el sentido jurisprudencial de fundamento de la adquisición, acaso por efecto de un contrato de compraventa pero mediante tradición de la cosa. No se incluye un pacto de cesión de la acción reivindicatoria del vendedor contra un eventual tercero poseedor durante más de un año. La posible desposesión del vendedor al perfeccionarse la venta es desconocida por el comprador, aunque si la conociera no dejaría de ser aplicable el precepto.

El comprador ha cumplido su obligación porque ha entregado el dinero del precio (en el mismo acto o antes, según confesión) o ha pactado el aplazamiento del pago a satisfacción del vendedor (1.466).

Se trata de una norma civil, no registral, que no tiene en cuenta si la finca vendida está registrada o no.

Como ordena el artículo 1.462.2, el otorgamiento de la venta que se formaliza mediante escritura notarial equivale o produce efecto similar al del otorgamiento de la venta con entrega de la cosa simultánea a la perfección del contrato, así que el comprador no puede exigir al vendedor que realice la entrega, pese a que no ha recibido la posesión en concepto de dueño de la cosa porque la tiene un tercero poseedor desde hace más de un año, y el comprador es el nuevo propietario desde la fecha de la escritura notarial, excepto si resulta debidamente pactado en la misma escritura de compraventa un pacto contrario al similar efecto ordenado por el artículo.

Por tanto, si un tercero afirma que al otorgarse la venta formalizada mediante escritura notarial era el poseedor en concepto de dueño porque era el propietario y se opone a que el comprador realice actos de toma de posesión como dueño, queda planteada una **controversia** acerca de la **propiedad** de la cosa, de la **pertenencia** de la cosa o de la **pertenencia del derecho de propiedad sobre la cosa**, al poseedor con título presunto (art. 448) o al vendedor antes de la venta y derivativamente al comprador después de la compra.

2. Según *sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1912*, que invoca el artículo 1.462.2 del Código Civil, este comprador enfrentado al tercero poseedor en concepto de dueño no puede actuar judicialmente contra el vendedor desposeído alegando incumplimiento de la obligación de entregar la cosa y exigiendo la entrega material actual (no que la reivindique y luego se la entregue materialmente) o exigiendo supletoriamente que se declare invalidado el contrato, pero puede actuar judicialmente contra el tercero poseedor para obtener la posesión.

Aunque la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1912, se refiere a una finca inmatriculada, lo cierto es que resuelve el caso de autos con normas civiles y no registrales, precindiendo de que la finca está inmatriculada registralmente y de que existe una inscripción registral de dominio a favor del vendedor.

2.1. Según opinión muy arraigada, que es la de ALBALADEJO y LACRUZ, la sentencia interpreta que el comprador adquiere la propiedad por consecuencia del contrato de compraventa pero mediante una «*tradición instrumental*», que se llega a denominar «*tradición instrumental incorporal*» para diferenciarla de la tradición instrumental corporal, de la verdadera tradición instrumental por pacto de *constituto posesorio* cuando el vendedor es el poseedor de la corporalidad de la cosa en concepto de dueño.

Se quiere considerar cumplido el artículo 609.2, al final (cuando dice «mediante la tradición»), mediante una *forma de tradición ficticia* en su grado máximo, porque es una tradición totalmente independiente del *corpus* de la cosa y en este sentido es una tradición *incorporal*, una tradición fundada en la **forma instrumental**, solamente.

La transmisión de la propiedad se produce por efecto del contrato de compraventa y de la escritura notarial que lo formaliza, como si fuera una forma de tradición adicional al contrato, aunque es simultánea a la perfección de éste.

Sin perjuicio del pacto en contra del efecto legal, que sólo será admisible si resulta o se deduce claramente de la misma escritura notarial.

2.2. Contra esta interpretación continúo manteniendo que cuando el vendedor mediante escritura notarial está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño, la ley impone que simultáneamente al otorgamiento de la venta, en la fecha de la escritura, *la transmisión de la propiedad de la cosa se produce por efecto del contrato escriturado o instrumentado, sin necesidad de una adicional tradición o de que incluya un adicional pacto de cesión de la acción reivindicatoria, porque la tradición y el pacto están sustituidos por la simultánea cesión legal (ex lege) de la acción reivindicatoria*, históricamente.

Y entiendo que *hablar, en tal caso, de una tradición incorporal es hablar de una entelequia*, porque secularmente la tradición es la transmisión de la posesión en concepto de dueño y en el caso considerado la posesión la tiene un tercero, antes y después de la fecha de la escritura, y no hay cambio de poseedor, ni en forma real ni en forma ficticia.

Sin olvidar la cuasi tradición que se refiere a los derechos reales parciales, denominados cuasi posesorios, y desacertadamente derechos incorporales en el artículo 1.464.

2.3. En el fondo y por la finalidad perseguida, todos estamos de acuerdo en que *se trata de una compraventa especial o excepcional respecto a la compraventa normal* u ordinaria, en cuanto queda excluido el poder exigir el cumplimiento de la normal condición de la ley para la efectiva transmisión *mediata* de la propiedad de la cosa, que es la transmisión voluntaria de la posesión en concepto de dueño, simultánea o inmediata a la perfección del contrato, porque la tradición es *imposible simultáneamente a la perfección del contrato o seguidamente a la perfección (sequeretur*, según dice el D. 41.1.31.pr.) o seguidamente al pago del precio o a la manifestación de estar dispuesto a pagarlo el comprador (art. 1.466), ya que para entregar la cosa habría que recuperar la posesión reivindicando contra la oposición del poseedor, lo que difiere a un futuro más o menos tardío la posibilidad de entregar.

2.4. Pero la mayoría de los autores prefiere acariciar la idea de que *se desvirtúa* la «teoría» del título y el modo «si se cree» que en el caso considerado no existe una tradición instrumental.

2.5. Pese a que el caso considerado, desde hace muchos siglos y al menos hasta los tiempos de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, nunca ha podido ser entendido como un supuesto de tradición transmisiva de la posesión en

concepto de dueño y siempre ha sido entendido como un supuesto específico de la «teoría» general de la cesión de acciones o derechos a causa o por efecto de un contrato de compraventa, que no se opone incompatiblemente a la «teoría» del título y el modo y a los supuestos típicos de su aplicación histórica, porque complementa el principio fundamental del sistema legal del contrato de compraventa transmisivo de la propiedad de la cosa mediante la tradición de la posesión en concepto de dueño al resolver el problema civil que plantea la desposesión del vendedor sin más que sustituir la tradición por la denominada cesión de la acción reivindicatoria, que es la solución notarial multisecular.

Lo que dispone el artículo 1.462.2 cuando el que vende mediante escritura notarial está desposeído es que, por efecto del contrato de compraventa, pero sin necesidad de una adicional tradición, sustituida por la cesión legal (ex lege) de la acción reivindicatoria, simultánea a la perfección del contrato, se produce la transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido con la inseparable acción reivindicatoria del propietario desposeído contra el tercero poseedor en concepto de dueño.

No por la aplicación del artículo 609.2, al final (no por consecuencia del contrato de compraventa mediante la tradición), exclusivamente, sino *complementariamente por la aplicación de la «ley» del Código Civil que rige la transmisión de las acciones y derechos incorporales a causa del contrato de compraventa*, para la que resulta excluida la obligación de transmitir la posesión en concepto de dueño, conforme a los artículos 1.526, 1.186 y 1.462.2, que es una de las «leyes» genéricamente aludidas por el artículo 609.2, al principio, cuando dice que «la propiedad... se transmite por la ley o por donación, sucesión... y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición» y que es *una ley procedente de otras leyes del Derecho español (D. 18.4.21 y D. 50.17.15, de PAULO ambos textos, más otras normas)* originarias del Derecho Romano muchos siglos atrás, pero invocadas como subsidiarias del Derecho Patrio hasta que entró en vigor el Código Civil de 1889, unas leyes o normas del Derecho español coordinadas a lo largo de una evolución histórica normativa y práctica que la doctrina española parece ha olvidado, aunque todavía conservan su valor como antecedente histórico fundamental y por la vía de los principios generales del Derecho, después de subsumidas o integradas en los artículos 1.526, 1.186 y 1.462.2 del Código Civil (ver citas en *Tráfico jurídico...*, pág. 174, n. 51).

3. En el Proyecto de Código Civil español de 1851, el comprador adquiere el derecho de propiedad sobre la cosa por el contrato de compraventa solamente, y según el proyectado artículo 1.385, «cuando, por disposición de la ley o por la voluntad de las partes, se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario».

Es decir, que por el otorgamiento de la venta mediante escritura notarial, el Proyecto de 1851 consideraba cumplida la obligación de entregar y transmitir la posesión en concepto de dueño, como si se hubiera realizado la entrega por pacto expreso de *constituto posesorio*, según práctica usual histórica desde el siglo XIII, destacada por GIASON DEL MAINO y recientemente por BUSSI y por COLIN y CAPITANT, que faculta al comprador para realizar actos de toma de posesión material por sí solo (porque secularmente el pacto sobre la transmisión de la posesión en concepto de dueño implicaba simultáneamente el cumplimiento de la obligación de entregar y la efectividad de la transmisión del dominio).

Contra lo que pudiera parecer, este proyectado artículo no procede del Código francés, y GARCÍA GOYENA cita como precedente el Código de Vaud (Lausana).

Pero es claro que este proyectado artículo se refiere a un comprador ya propietario por el contrato de compraventa solamente. Por tanto, puede aplicarse al vendedor poseedor, pero no puede aplicarse al vendedor desposeído.

Este proyectado artículo implicaba que *si el vendedor es el poseedor* en concepto de dueño, el comprador, ya propietario, no puede exigir al vendedor la entrega material de la cosa o, en su defecto, la rescisión o «resolución» del contrato y de la transmisión de la propiedad, salvo pacto contrario al efecto legal adecuadamente resultante de la misma escritura de compraventa.

Este proyectado artículo ordenaba un efecto legal equivalente a la entrega de la cosa a causa de la venta, como si se presumiese existente en la escritura un pacto expreso, secularmente usual en las escrituras notariales, de tradición ficticia por *constituto posesorio*, y por esto si el vendedor era el poseedor en concepto de dueño de la cosa en el momento de otorgarse la venta, simultáneamente, por efecto de la ley, dejaba de poseer como dueño aunque continuara poseyendo materialmente, porque había pasado a poseer «en nombre» del comprador, mientras que el comprador devenía poseedor en concepto de dueño aunque no poseía materialmente la cosa. Como propietario y poseedor, por sí solo podrá realizar actos de posesión material de la finca, y si acaso el vendedor se opone el comprador podrá desahuciarle.

Este proyectado artículo no sería aplicable *si el vendedor estuviera desposeído* porque el comprador, ya propietario, no puede exigir al vendedor la entrega material de la cosa en cuanto supondría exigirle que reivindique para recuperar la posesión material y entregársela después, cuando el vendedor ya no es el propietario y no puede reivindicar en nombre propio (sin olvidar que, con el sistema del título y el modo vigente en 1851, dejando aparte el proyecto fracasado, el vendedor poseedor debe entregar la cosa pero si está desposeído por un tercero no está obligado a reivindicarla para entregarla). El comprador, propietario por el contrato de compraventa solamente, puede reivindicar para obtener la posesión. Sería innecesario e

improcedente, al contratar la compraventa, acordar un pacto de cesión de la acción reivindicatoria.

En el Código Civil español de 1889, el artículo 1.385 del Proyecto de 1851 pasa a ser el artículo 1.462.2, casi literalmente (dice equivaldrá en vez de equivale) y como aquél ha de interpretarse referido primariamente a la obligación de realizar la entrega de la cosa, sin perjuicio de la eficacia transmisiva de la propiedad que es propia del contrato de compraventa pero mediante la tradición.

Ahora bien, el Código vigente no acoge el sistema francés del Proyecto de 1851, sino que mantiene el sistema tradicional del título y el modo.

Por tanto, el artículo 1.462.2, al igual que su precedente del Proyecto de 1851, puede aplicarse al caso del vendedor poseedor en concepto de dueño, y en tal caso implica que la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa es simultánea a la perfección del contrato en la fecha de la escritura, como si hubiera un pacto de *constituto posesorio* y tradición instrumental legalmente presupuesto, sin perjuicio de un pacto contrario al efecto ordenado por la ley resultante de la misma escritura de compraventa, adecuadamente.

Pero queda pendiente averiguar de qué manera el artículo 1.462.2, a diferencia de su precedente del Proyecto de 1851, puede aplicarse al caso del vendedor desposeído, concretamente como si hubiera un pacto de cesión de la acción reivindicatoria legalmente presupuesto, salvo pacto contrario al efecto ordenado por la ley y adecuadamente resultante de la misma escritura de compraventa.

Secularmente, ambos pactos, el de *constituto posesorio* y el de cesión de la acción reivindicatoria, están íntimamente relacionados y unidos, como pactos expresos, desde la escritura notarial medieval de compraventa de RAINIERO DE PERUSIA en 1226, como destaca BUSSI en Italia, COLIN y CAPITANT en Francia y el formulario de GARCÍA GOYENA en España; y ambos pactos expresos, conjuntamente, han excluido la posibilidad de que el comprador, que intenta realizar actos de toma de posesión material de la cosa y tropieza con la oposición, no ya del vendedor sino del tercero poseedor en concepto de dueño, diga al vendedor que si no hace cesar la oposición para que pueda tomar posesión material pedirá la invalidación o rescisión («resolución») del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar la cosa; y ambos pactos expresos han excluido tal posibilidad para evitar cuestiones entre comprador y vendedor, para que sea el comprador quien actúe contra el tercero con llamamiento en garantía del vendedor con el fin de obtener su asistencia procesal y de poder exigirle su responsabilidad en caso de evicción por haber vendido cosa ajena, sin perjuicio de que pueda desistirse de mantener el contrato y pida su invalidación dentro de un breve plazo.

4. En el tráfico jurídico de cosas y derechos se consideran tres aspectos diferentes (23):

El contrato de **compraventa**, que implica un intercambio de propiedades, de la cosa y de la cantidad de dinero del precio, con reciprocidad justa.

La **escritura** de compraventa, que está autorizada por un notario para ambas partes contratantes, con imparcialidad en su *asesoramiento* para la formación de la voluntad contractual y como *testigo cualificado que autentica una prueba de la recíproca adquisición de la propiedad de la finca y de la cantidad de dinero del precio a causa de un contrato de compraventa*, sin perjuicio del posible aplazamiento del pago del precio que implica la adquisición de un crédito pecuniario cesible.

La **inscripción registral** de la escritura notarial probatoria, apta para su publicación por el Registro, por la que se *atribuye* la propiedad de la finca al comprador pese a que el vendedor no sea el dueño en los casos que concreta la Ley Hipotecaria (arts. 32, 34, **36**, 37 y 40, al final), en los que no es oponible al comprador tercero registral inscrito la acción reivindicatoria ejercitada por quien sería el propietario si no existieran tales normas, que *aseguran* la adquisición y pertenencia del derecho no derivativamente sino por efecto de la ley registral.

Ante todo, procede recordar que la escritura o instrumento notarial de compraventa, al menos desde los tiempos de ROLANDINO PASSAGGERI en el siglo XIII hasta la codificación de 1889, es forma (no esencial) y prueba del contrato de compraventa y es prueba de su cumplimiento por ambas partes:

4.1. La escritura notarial de compraventa es *prueba de la transmisión de la propiedad del dinero del precio* o de su aplazamiento a satisfacción del vendedor con el correspondiente nacimiento de un derecho de crédito pecuniario disponible o cesible (*jus ad pecuniam*).

Para que se pueda considerar cumplida una exigencia que en tiempos de ROLANDINO (y hasta el Código Civil de 1889) era condición de la ley para la transmisión de la propiedad *de la cosa* o finca (Inst. 2.1.41 y D. 18.1.19).

4.2. La escritura notarial de compraventa es *prueba de la transmisión de la propiedad de la cosa*, si pertenece al vendedor. Porque la escritura notarial no prueba la pertenencia de la cosa ni menos aún la atribuye a diferencia de la inscripción registral.

(23) A estos tres aspectos se refiere el título de mi estudio *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción*, citado en la primera nota al pie del presente, que pretende precisar algunas ideas acerca de la eficacia *transmisiva* del contrato, la eficacia *probatoria* de la escritura y la eficacia *atributiva y aseguradora* de la inscripción registral.

Porque, *si el vendedor es el propietario poseedor*, la posesión queda transmitida mediante tradición ficticia por pacto de *constituto posesorio* en la escritura de compraventa. Por pacto expreso en tiempos de ROLANDINO y hasta la codificación de 1889. Por efecto de la ley salvo pacto contrario según el **artículo 1.462.2** del Código Civil de 1889, de manera que así se cumple el artículo **609.2, al final**.

Porque, hasta 1889, *si el vendedor está desposeído, su derecho de propiedad incorporal y controvertido con la inseparable acción reivindicatoria queda transmitido mediante pacto de cesión de la acción reivindicatoria adicional al contrato de compraventa, expreso en la misma escritura de compraventa* (encabezando las demás acciones del vendedor respecto a la cosa).

Desde el tiempo de ROLANDINO era un pacto instrumentado expresamente, secularmente usual hasta la codificación de 1889, porque respondía a una normativa sustantiva y procesal que lo hacía conveniente, teniendo en cuenta dichos textos (D. 18.4.21 y D. 50.17.15), como puede comprenderse al leer lo que dijeron FLORENCIO GARCÍA GOYENA, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, JOSÉ MARÍA MANRESA y MORELL, y al leer lo que dice la *sentencia del Tribunal Supremo, del 12 de abril de 1890, para un supuesto de hecho anterior al Código Civil de 1889*.

Ahora, el Tribunal Supremo, en *sentencia de 20 de enero de 1912, interpreta* que el artículo 1.462.2 dispone, salvo pacto contrario, que si el vendedor está desposeído, por el contrato de compraventa formalizado mediante escritura notarial se produce la transmisión del derecho de propiedad con la acción reivindicatoria, que es el mismo efecto del contrato de compraventa con pacto de cesión de la acción reivindicatoria, como si lo hubiera y se considerara legalmente presupuesto salvo pacto contrario, de manera que así se cumple la *normativa vigente, integrada por el artículo 609.2, al principio, y concretamente «por la ley» que contiene el artículo 1.526 junto con el artículo 1.186 y el artículo 1.462,2 (por analogía histórica, según el D. 18.4.21, entre la pérdida de parte de una cosa y la pérdida de la posesión de una cosa)* y con el artículo 1.482 sobre la intervención procesal del vendedor llamado en garantía al proceso reivindicatorio.

Se trata de una interpretación jurisprudencial históricamente fundada, aunque argumentarla requiere reconstruir la muy concreta historia de la compraventa-cesión transmisiva del derecho de propiedad del propietario desposeído, llamada compraventa-cesión de la acción reivindicatoria o simplemente cesión de la acción reivindicatoria, con un cierto esfuerzo de investigación ineludible.

5. El artículo 1.462.2 ordena que «el otorgamiento» de la venta formalizada mediante escritura notarial «equivaldrá a la entrega» de la

cosa, si no resultare o se dedujere claramente lo contrario de la misma escritura notarial (v. *Tráfico jurídico...*, pág. 176).

Según esta norma, la obligación de entregar la cosa se considera cumplida simultáneamente a la perfección del contrato, en la fecha de la escritura, por efecto legal de una ley dispositiva, que así, implícitamente, presupone el pacto de *constituto posesorio* y el pacto de cesión de la acción reivindicatoria, salvo pacto contrario a este efecto legal, debidamente escriturado.

No se trata de una orden o disposición arbitraria de la ley a las partes contratantes, sino de la simplificación actualizadora de una secular formulación de la escritura notarial de compraventa operante desde la escritura boloñesa del siglo XIII, con la que se lograba que en la fecha de la escritura fueran simultáneas la perfección y la consumación del contrato de compraventa adicionando al contrato el pacto de *constituto posesorio* del vendedor poseedor en concepto de dueño y el pacto de cesión de la acción reivindicatoria, supletorio para el caso en que al perfeccionarse el contrato el vendedor propietario estuviera desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño de la cosa, de manera que uno u otro de estos dos pactos integrantes del contrato queda cumplido al autorizarse la escritura en su fecha.

Cuando el vendedor es el propietario poseedor en concepto de dueño, si formaliza la venta mediante una escritura notarial (prueba del consentimiento o elemento volitivo de la perfección del contrato), simultáneamente (hasta 1889 por expreso acuerdo o pacto de *constituto posesorio* que sustituye a la entrega material irrealizable simultáneamente, y desde 1889 por efecto dispositivo de la ley del art. 1.462.2) se produce la transmisión de la posesión del vendedor al comprador y el vendedor pasa a poseer «en nombre» del comprador que es el nuevo poseedor en concepto de dueño de la cosa, de manera que según el artículo 1.462.2 se produce la transmisión de la propiedad de la cosa y el comprador es el nuevo propietario poseedor *a causa del contrato de compraventa de la cosa y mediante la tradición instrumental legal (por efecto de la ley) de la posesión de la cosa*, salvo pacto que conste debidamente en la misma escritura de compraventa, como pacto contrario al efecto legal de transmisión simultánea por un presupuesto pacto de *constituto posesorio*.

Cuando el vendedor, que afirma es el propietario de la cosa, está desposeído (porque ha perdido la posesión de la cosa por entero pero temporalmente, en cuanto al perfeccionarse el contrato la tiene un tercero poseedor en concepto de dueño desde hace más de un año, aunque lo desconozca el vendedor y el comprador), lo que implica la imposibilidad de que realice la entrega o tradición en la actualidad y hasta que se ejecute la sentencia estimatoria de la reivindicación), por efecto de la ley del artículo 1.186 y del artículo 1.462.2, *si formaliza la perfección de la venta de la cosa mediante escritura notarial, simultáneamente*, el deber de realizar

la entrega o transmisión actual de la posesión en concepto de dueño queda *sustituido* por la denominada *cesión legal de la acción reivindicatoria* para recuperar la posesión perdida, o sea, que *ex lege* se produce la transmisión del vendedor y la atribución al comprador de la acción reivindicatoria, y así, *a causa del contrato de compraventa de la cosa y mediante la cesión instrumental legal (por efecto de la ley) de la acción reivindicatoria para obtener la posesión* se produce la transmisión del derecho de propiedad controvertido y el comprador adquiere la propiedad como la tiene el vendedor, sin la posesión actual que tiene un tercero *pero con la inseparable acción reivindicatoria para obtenerla*, adquiere el derecho de propiedad incorporal y controvertido con la acción reivindicatoria del propietario desposeído por el tercero poseedor y es el nuevo propietario desposeído, salvo pacto que conste debidamente en la misma escritura de compraventa, como pacto contrario al efecto legal de transmisión simultánea de la propiedad por presupuesto pacto de cesión de la acción reivindicatoria.

Por tanto, la propiedad del vendedor desposeído se transmite al comprador desconocedor de la desposesión por efecto del contrato de compraventa normal del artículo 1.445 complementado mediante la atribución por la ley de la acción reivindicatoria en sustitución de la entrega o tradición imposible, fundada en la desposesión y en la voluntad de mantener vigente el contrato presupuesta en la escritura, conforme al artículo 1.186 y al 1.462.2, o también conforme al artículo 1.526.

Tal cesión instrumental legal no es una *tradición instrumental incorporal* porque no se transmite la posesión, ni actual ni diferidamente, ni hay cambio de poseedor real que es el tercero poseedor, y porque lo incorporal es el derecho de propiedad sobre la cosa, que resulta transmitido aunque el tercero posea la cosa en concepto de dueño, *ad usucapionem*.

Tal cesión instrumental legal tampoco es una cesión impropia o *procuratio in rem suam* o *poder* para el ejercicio en interés propio (del comprador apoderado) de la ajena acción reivindicatoria (del vendedor poderdante), por la que el vendedor continúa siendo el propietario reivindicante hasta que recupera la posesión de la cosa y la entrega al comprador, para que, en este momento de la entrega, adquiera la propiedad el comprador, quien hasta entonces sólo es un apoderado que ejerce la acción del vendedor poderdante. Solución anticuada que no contempla nuestro ordenamiento, aunque podría resultar del pacto contrario aludido en el artículo 1.462.2. Fue preconizada con demasía dialéctica por VALLET DE GOYTISOLO y por ALVAREZ CAPEROCHIPÍ.

5.1. Simultáneamente a la perfección del contrato de compraventa se produce el efecto de la transmisión de la propiedad, al ser imposible una actual e inmediata tradición o transmisión de la posesión en concepto de dueño como requisito o condicionamiento legal del efecto transmisivo de la

propiedad propio de la compraventa normal (art. 1.095 y art. 609.2, al final) y al quedar sustituida la tradición por la cesión legal de la acción reivindicatoria (art. 1.186).

Según el artículo 1.526, la forma documental, pública o privada, del contrato de compraventa-cesión no es requisito condicionante de la transmisión de la propiedad de la cosa, pues sólo se exige a efectos probatorios de la fecha de la compra para su **oponibilidad** a tercero afectado, que en este caso será el *poseedor* contra el que se ha de actuar reivindicatoriamente (mientras que en la venta cesión de un crédito pecuniario nacido de un contrato de compraventa el tercero afectado sería el deudor de la entrega o transmisión de la posesión del dinero para que resulte transmitida su propiedad).

Sin perjuicio de lo cual el artículo 1.462.2 dispone que el contrato de compraventa de una cosa escriturado notarialmente, cuando resulta que el vendedor estaba desposeído (D. 18.4.21), simultáneamente a su otorgamiento produce su efecto transmisivo de la propiedad de la cosa con la inseparable acción reivindicatoria (art. 1.186) como si se hubiera contratado directamente mediante escritura notarial la compraventa-cesión del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído con la inseparable acción reivindicatoria (art. 1.526).

Aunque las partes podían haber convenido, en la misma escritura, un pacto contrario al efecto legal del artículo 1.462.2, un pacto de reserva de la propiedad, para que continúe perteneciendo al vendedor hasta cumplirse lo que se pacte, acaso relacionado con el cobro del precio más que con una *procuratio in rem suam*.

5.2. Con la escritura notarial boloñesa de compraventa consumada del siglo XIII se pretende conseguir que la transmisión de la propiedad de la cosa se produzca en el momento de la perfección de la venta y de la escritura, simultáneamente, y esta simultaneidad se consigue con el pacto de *constituto posesorio* complementado con el pacto de cesión de la acción reivindicatoria, al amparo de la ley romana del D. 18.4.21 de PAULO. Porque en el supuesto de pérdida de la posesión por el vendedor, cuando la transmisión de la propiedad de la cosa mediante la tradición transmisiva de la posesión en concepto de dueño sería imposible en el momento de la perfección del contrato de venta si estuviera el propietario vendedor en situación duradera de desposesión por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, la ley del **D. 18.4.21 sustituye el deber de realizar la tradición posesoria** para que se realice la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa, *por el deber de transmitir o ceder la acción reivindicatoria* y, conforme al pacto de cesión de la acción reivindicatoria, queda cumplido el deber de ceder la acción reivindicatoria y queda cumplida la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa con la inseparable acción reivindicatoria en el momento de la perfección del contrato, si en ese momento el vendedor

estuviera desposeído (tanto si el comprador desconoce la desposesión como si la conoce). Por esto se dice que *la cesión de la acción reivindicatoria*, que no es una forma de tradición, **equivale a la tradición por constituto posesorio** pactado (si fuera posible), *tiene vim traditionis, tiene la misma fuerza o el mismo valor para la transmisión de la propiedad de la cosa que tiene la entrega* (la tradición o transmisión de la posesión en concepto de dueño) de la cosa vendida por el propietario poseedor.

Antes de existir el Código Civil de 1889, en la escritura notarial, para el caso de que el vendedor estuviera desposeído, el contrato de compraventa se complementaba con el pacto expreso de cesión de la acción reivindicatoria, al amparo del **D. 18.4.21**. Pero si estaba desposeído el vendedor otorgante, el comprador con pacto de cesión de la acción reivindicatoria no necesitaba manifestar su opción entre mantener el contrato o invalidarlo, porque con aquel pacto ya optó por su mantenimiento y, en consecuencia, simultáneamente a la perfección del contrato de compraventa se produjo su efecto transmisivo y el comprador adquirió el derecho de propiedad incorporal y controvertido con la acción reivindicatoria para obtener la posesión, sin perjuicio de la invalidación del contrato por la sentencia desestimatoria y sin perjuicio de la facultad de desistir del contrato y de desistir de actuar la reivindicatoria, a costa de dificultar una actuación contra el vendedor.

Desde 1889, porque lo dispone el artículo **1.462.2**, *el contrato de compraventa escriturado notarialmente* (sin tales pactos expresos) *produce su efecto transmisivo de la propiedad de la cosa simultáneamente a la perfección del contrato y de la escritura*, a menos que de la misma escritura resulte, expreso o deducido claramente, un pacto contrario a que el efecto transmisivo de la propiedad se produzca simultáneamente, denominado pacto de reserva del dominio.

El artículo 1.462.2 al ordenar la **equivalencia** de la venta mediante escritura notarial (incluso cuando el vendedor está desposeído) a la venta mediante simultánea entrega de la cosa, salvo pacto contrario *en la misma escritura*, **dispone que** se produzca el mismo efecto transmisivo de la propiedad de la cosa en el momento de la perfección del contrato y de la escritura, que tenía la escritura de venta con pactos expresos de tradición por *constituto posesorio* y de cesión de la acción reivindicatoria sustitutiva *ex lege* de la tradición actualmente imposible por estar desposeído el vendedor (conforme a la ley del D. 18.4.21). Pero no porque el artículo 1.462.2 presuma *iuris tantum* la existencia de tales pactos, sino porque considera, tiene en cuenta o **presupone** que el efecto transmisivo de la propiedad simultáneo a la perfección del contrato es el que prefiere la voluntad de los que contratan mediante escritura notarial, salvo que, de la misma escritura resulte la contraria voluntad de los contratantes, el pacto de reserva de la propiedad de la cosa.

De esta manera, un secular *uso* o costumbre de los contratantes asistidos notarialmente se eleva a la categoría de *ley*, no imperativa (*ius cogens*) sino *dispositiva* porque admite el pacto contrario, si integra el acuerdo de voluntades escriturado.

La *simultaneidad por pacto* de la transmisión de la propiedad de la cosa vendida en el momento de la perfección de la venta mediante escritura notarial, en 1889 pasa a ser *simultaneidad legal, por la ley, ex lege*.

La venta perfeccionada mediante escritura notarial (sin pacto de reserva de dominio), simultáneamente a la perfección de la venta y de la escritura, transmite la propiedad de la cosa (si pertenece al vendedor), por disposición de la ley (art. 1.462.2), considerando y teniendo en cuenta que cuando el vendedor está desposeído, por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, el *poder* o facultad del comprador de exigir al vendedor el cumplimiento del deber de entregar la cosa (art. 1.445) queda sustituido por el *poder* o posibilidad del comprador de ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, para defender la pertenencia del derecho de propiedad al comprador (antes al vendedor) y para obtener la posesión, según el artículo 1.186 por cesión *ex lege* o cesión por la ley o «**cesión legal**» del **derecho de propiedad del propietario desposeído, con la inseparable acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, históricamente denominada «cesión de la acción reivindicatoria»**.

5.3. El comprador, mediante escritura notarial, no podrá exigir al vendedor que le entregue *materialmente* la cosa o que sufra la invalidación o rescisión del contrato como hubiera podido exigir si no existiera el artículo 1.462.2, ni hubieran existido dichos dos pactos seculares instrumentados notarialmente y tenidos en cuenta por el legislador del artículo 1.462.2.

Si el vendedor era el poseedor... *porque*; simultáneamente a la fecha de la escritura notarial, el comprador es el nuevo poseedor en concepto de dueño (accipiente ficticiamente) y es el nuevo propietario, y podrá realizar actos para la posterior toma de posesión material de la finca, mientras que el vendedor no podrá oponerse... *porque* posee materialmente «en nombre» del comprador y porque ha cobrado el precio o ha consentido el aplazamiento del pago y está satisfecho su derecho a recibir la cantidad de dinero del precio no aplazado, simultáneamente o antes de la entrega de la cosa (art. 1.466) de manera que el comprador podrá desahuciarlo.

Si parece que el vendedor estaba desposeído al perfeccionarse la compraventa... *porque* simultáneamente a la fecha de la escritura notarial cobró el precio o ha consentido el aplazamiento del pago (art. 1.466) y el comprador-cesionario, es el *nuevo propietario desposeído* (actual titular del derecho incorporal y controvertido de propiedad, art. 1.186 y art. 1.462.2) y podrá actuar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor de la cosa, llamando en garantía al vendedor-cedente anterior propietario desposeído

(art. 1.482) para interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión mediante ejecución de la sentencia estimatoria firme. Sin perjuicio de que se declare invalidado el contrato si la sentencia firme es desestimatoria porque el tercero poseedor era y es el propietario, acaso por usucapión consumada y se ha vendido cosa ajena (STS de 20 de enero de 1912, que invoca el art. 1.462).

5.4. El comprador no podrá exigir al vendedor la *entrega* de la cosa o, por su incumplimiento, la invalidación del contrato, porque el artículo 1.462.2 dispone que el contrato de compraventa mediante escritura notarial equivale a la entrega (salvo pacto contrario de reserva del dominio) y simultáneamente a su perfección, en la fecha de la escritura notarial, *ha producido su efecto primordial, que es la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa*, como si se tratara de la compraventa francesa de cosa específica, consensual y transmisiva *por sí sola...* si el derecho de propiedad *pertenece* al vendedor. El comprador, sin demora, puede actuar contra el poseedor con llamamiento en garantía del vendedor para interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión si el tercero poseedor no ha consumado la usucapión.

De la misma escritura resultará que el comprador ya ha cumplido su obligación (art. 1.466) al haber pagado el precio o haber acordado su aplazamiento (lo que, antes del Código Civil de 1889, era otra condición de la ley para la transmisión de la propiedad de la cosa).

De esta manera, el contrato quedará cumplido por ambas partes, simultáneamente a su perfección, en la fecha de la escritura notarial, como ya ocurría con la escritura notarial medieval boloñesa en el siglo XIII.

6. Así pues, el artículo 1.462.2 se refiere de manera *primordial* al supuesto en que, a causa del contrato de compraventa normal y mediante la simultánea «*tradición instrumental legal*» (*ex lege*) que transmite la posesión en concepto de dueño, en la fecha de la escritura notarial, resulta transmitida la propiedad corporal... si el vendedor es el propietario.

Asimismo se refiere de manera *complementaria* al supuesto en que, a causa del contrato de compraventa normal y mediante la simultánea «*cesión instrumental legal*» (*ex lege*), en la fecha de la escritura notarial, resulta transmitido el derecho de propiedad incorporal y controvertido con la inseparable acción reivindicatoria del propietario desposeído... si el vendedor es el propietario.

Se puede resumir la argumentación expuesta respecto a la cesión instrumental legal:

6.1. La ley del artículo 1.462.2 se fundamenta primordialmente en una «ley romana» y española subsidiaria (D. 18.4.21, de PAULO, D. 6.1.63 y C. 4.39.9), según la cual, cuando se vende una cosa, la *pérdida de la*

posesión de la cosa antes de la perfección del contrato (esclavo o caballo que huyó y fue capturado por un tercero que lo posee como dueño), hace imposible la tradición inmediata al tener que reivindicar para recobrar la posesión, y el comprador, por efecto del contrato de compraventa y por cesión legal, es decir, sin que sea necesario pacto expreso adicional, adquiere la acción reivindicatoria del vendedor con el derecho de propiedad controvertido del que deriva y del que es inseparable, de manera que puede, sin demora, actuar en nombre propio, como propietario, para interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión de la cosa, en vez de pedir la invalidación del contrato.

6.2. La ley se fundamenta también en otra «ley romana» y española subsidiaria, la «Regla 15 del Derecho (D. 50.17.15, también de Paulo, según la cual (traducida no literalmente) *«tener la acción reivindicatoria equivale a tener la cosa»*».

Cuando se compra una cosa, *obtener o adquirir por cesión legal la acción reivindicatoria equivale a obtener o adquirir por efecto de la compra, simultáneamente a su perfección, la propiedad controvertida de la cosa con la acción reivindicatoria* (no la posesión de la cosa como se deslizó por error en *Tráfico jurídico...*, págs. 179 y 39).

La equivalencia que ordena la regla 15 del Derecho se aplica al comprador de la cosa que resulta cesionario legal de la acción reivindicatoria del vendedor desposeído, según el D. 18.4.21 y el C. 4.39.9.

Esta regla 15 del Derecho fue invocada por legisladores españoles e intérpretes auténticos, FLORENCIO GARCÍA GOYENA, del Proyecto de Código Civil de 1851, antecedente del vigente de 1889; PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, de la Ley Hipotecaria de 1861, y JOSÉ MARÍA MANRESA, de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente antes del año 2000.

6.3. *Al mismo resultado que se llegaba con las normas del Derecho Romano subsidiario del Derecho Patrio antes de 1889, también se llega hoy con los artículos del Código Civil vigente*, interpretados conforme a sus antecedentes históricos, en el sentido de que el artículo 1.462.2 ordena que cuando se contrata una compraventa mediante escritura notarial, en el caso de imposibilidad de una entrega simultánea a la perfección del contrato de compraventa, que resulta diferida por la necesidad de ejercitar una acción reivindicatoria para recobrar la posesión perdida, el comprador afectado por la desposesión del vendedor *adquiere simultáneamente el derecho de propiedad controvertido con la acción reivindicatoria* que puede actuar sin demora para interrumpir la usucapión en curso con llamamiento en garantía del vendedor, salvo pacto contrario al efecto legal que, por ejemplo, admita la *procuratio in rem suam* o autorice demandar la invalidación o la rescisión del contrato inmediatamente después de conocer la desposesión.

Así resulta del artículo **1.526**, en lugar del D. 50.17.15, del D. 6.1.63 y del C. 4.39.9, así como del artículo **1.186** en lugar del D. 18.4.21, pero teniendo en cuenta la equivalencia que ordena el artículo **1.462.2**.

Según resulta de una sentencia del Tribunal Supremo, de **21 de diciembre de 1905**, destacada por ALBALADEJO, cuando el comprador mediante escritura notarial **conoce** al contratar la situación de desposesión del vendedor (aunque esta desposesión no se manifieste en la escritura notarial), no puede pedir la invalidación del contrato pero puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor para interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión. Porque contrata una compraventa-cesión directa al amparo del artículo 1.526 y del artículo 1.462.2.

Según resulta de otra sentencia del Tribunal Supremo, de **20 de enero de 1912**, también destacada por ALBALADEJO, cuando el comprador mediante escritura notarial **desconoce** la situación de desposesión del vendedor al llegar a conocerla no puede pedir la entrega material de la cosa o, en su defecto, la inmediata invalidación del contrato de compraventa (como podría conforme a los arts. 1.261.2.º y 1.272), pero puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor para interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión. Porque al contratar la compraventa mediante escritura notarial sin formular pacto contrario al efecto ordenado por la ley, acepta adquirir simultáneamente el derecho de propiedad con la acción reivindicatoria para obtener la posesión, conforme a la analogía y equivalencia histórica ordenadas por los artículos 1.526, 1.462.2 y 1.186.

7. Todo esto dando por supuesto que el vendedor desposeído sea el propietario. Es decir, sin perjuicio de que la sentencia firme del juicio reivindicatorio declare que el tercero poseedor es el verdadero propietario y que se vendió cosa ajena, inválidamente.

Conviene recordar que se trata de la pertenencia controvertida de un derecho afirmado por el vendedor y el comprador demandante pero pendiente de prueba y declaración judicial, históricamente se habla de la cesión de la acción reivindicatoria, de la cesión de una acción «sometida a los azares de un pleito» (como decía GÓMEZ DE LA SERNA), de manera que la pérdida de la posesión habrá sido temporal y transitoria y la cesión de la acción será una cesión definitiva del derecho si pertenecía al vendedor, como declara la sentencia estimatoria, pero la pérdida de la posesión será definitiva y la cesión de la acción será una cesión provisional y temporal y sólo aparente del derecho si pertenece al poseedor demandado como declara la sentencia desestimatoria.

Esta cuestión queda íntimamente relacionada con la pertenencia del derecho al vendedor conforme al principio de legitimación registral del artículo 38 de la LH y con el procedimiento del artículo 41 para recobrar la posesión.

También lo está con la pertenencia del derecho al comprador conforme al principio de inoponibilidad a tercero registral inscrito protegido por el artículo 36 de la LH.

C) PROCESO REIVINDICATORIO Y LLAMADA EN GARANTÍA

1. Cuando mediante escritura notarial se ha contratado una compraventa normal, en la que se presupone o se afirma que el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, parece haberse efectuado la entrega por efecto de la ley (art. 1.462.2) como si fuese por *constituto posesorio*, de manera que el comprador ya puede realizar actos de posesión real o material, por sí solo, pero si un tercero se opone manifestando que posee la cosa en concepto de dueño porque es el propietario y que no lo era el vendedor al tiempo de la perfección del contrato, se plantean dos cuestiones:

1.1. Con el poseedor existe una controversia acerca de la pertenencia del derecho de propiedad sobre la cosa con la correspondiente facultad para poseerla en concepto de dueño y no sólo existe una controversia acerca de la calificación del concepto en que posee el tercero. En principio, la controversia sólo puede decidirse judicialmente en juicio declarativo ejercitando la acción reivindicatoria contra el poseedor, que acaso podría ser el verdadero propietario.

El poseedor, con título de propiedad presunto en cuanto poseedor en concepto de dueño (art. 448) por más de un año y por tanto libre de interdicto de recobrar la posesión al tiempo de la perfección de la compraventa (art. 460.4.º y art. 1.968.1), no podrá alegar falta de legitimación activa del comprador o del vendedor (arts. 1.526 y 1.482). Podrá oponer que no se ha probado la adquisición por el comprador, mas no porque él (demandado) es el poseedor en concepto de dueño y el vendedor no ha podido realizar la entrega «debida» (aun cuando se hubiera concertado una compraventa normal), pues lo que se está discutiendo (por el comprador demandante y por el vendedor llamado en garantía, frente al tercero poseedor) es si el vendedor era el propietario y resultó transmitida la propiedad, aunque no fuera el poseedor.

1.2. Con el vendedor existe la controversia o la duda acerca de si cuando se perfeccionó la compraventa era o no el poseedor en concepto de dueño, por lo que mediante una entrega ficticia ha cumplido o no ha podido cumplir su obligación de transmitir la posesión en concepto de dueño.

Si el comprador exige al vendedor que actúe inmediatamente contra el poseedor para intentar recuperar la posesión y entregarle materialmente la cosa, el vendedor puede oponer que según el artículo 1.462.2 y por no existir pacto contrario al efecto legal en la escritura, consta probado que ya le entregó la cosa, mediante tradición legal o presunta, en cuanto ya manifestó

o se presupuso que era el propietario y el poseedor en concepto de dueño, y se niega a reconocer que sea cierto lo que manifiesta el tercero mientras no lo declare una sentencia judicial firme.

Si el comprador exige al vendedor que reconozca la invalidez del contrato, por imposibilidad de la entrega simultánea, el vendedor puede oponer que el comprador contrató con asesoramiento del notario y no concertó pacto contrario a la equivalencia ordenada por la ley del artículo 1.462.2, de manera que el comprador es cesionario legal, por la ley, del derecho de propiedad controvertido con la inseparable acción reivindicatoria (art. 1.186) y puede ejercitarla contra el poseedor con llamamiento en garantía del vendedor (art. 1.482), porque la ley del artículo 1.462.2 impone esta solución, salvo pacto contrario adecuadamente resultante de la misma escritura de compraventa, atendida la analogía histórica entre la pérdida de la posesión de la cosa, más o menos temporal o transitoria mientras dure la reivindicación, y la pérdida parcial o de parte material de la cosa, conforme al principio general del Derecho que ordena dicha analogía, expreso en el D. 18.4.21 vigente como norma supletoria hasta 1889, y conforme al actual artículo 1.186 para la pérdida de la cosa con cesión legal de la acción contra tercero causante de la pérdida de la posesión.

El vendedor no podrá oponerse a que se debata en el juicio declarativo si vendió cosa propia reivindicable o vendió cosa ajena. Si vendió cosa propia reivindicable, sin transmitir una posesión legal y pacífica (art. 1.474.1.º) porque concertó una compraventa normal que no podía cumplir simultáneamente ni seguidamente y debe resarcir los perjuicios. O si, ignorándolo, vendió cosa ajena, cosa propia del tercero poseedor, y el contrato es inválido porque no lo podía cumplir simultáneamente ni seguidamente, con adecuado pacto para el caso de evicción.

2. Si el comprador pretendiera actuar solamente contra el vendedor cedente y éste tuviera que probar que era el propietario, sólo se podría conseguir la prueba demandando reivindicatoriamente al tercero poseedor que se atribuye la propiedad si se pactó una compraventa normal y después se conoció la desposesión del vendedor. Esta situación hace necesario el proceso único entre los tres interesados.

2.1. Es el comprador quien ha de demandar al tercero poseedor, en nombre propio, como propietario por compra y cesión del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído, porque éste, al vender, dispuso de su derecho de propiedad simultáneamente, mediante cesión legal, sin mediar tradición, y dejó de ser propietario, si lo era antes de contratar, y el comprador no puede obligar al vendedor a que sea quien reivindique.

2.2. Pero el comprador llama en garantía al vendedor-cedente (art. 1.482), según MANRESA (v. *Transmisión...*, pág. 129.2), por las mismas

razones de economía procesal que concurren cuando el comprador accipiente de la posesión material mediante tradición de la cosa es demandado por un tercero reivindicante, o cuando se concertó una compraventa-cesión directa del derecho de propiedad con la acción reivindicatoria inseparable.

Para que le ayude a probar que el derecho de propiedad le pertenecía por justo título y ahora pertenece al comprador por la perfección de una compraventa normal y por la equivalencia simultánea ordenada por el artículo 1.460.2.

Además, para que el comprador demandante, sin necesidad de plantear y tramitar un nuevo proceso, pueda exigir al vendedor la responsabilidad en que haya incurrido. Si vence el demandante comprador es declarado propietario y obtiene la posesión, porque puede pedir al vendedor una reducción del precio concertado y pagado (o aplazado) para la compraventa ordinaria, de manera que resulte un precio similar al que se hubiera concertado para una compraventa-cesión directa. Si el demandante comprador resulta vencido y es declarado propietario el demandado poseedor y queda invalidada la compraventa-cesión con todas sus consecuencias, porque puede exigir la responsabilidad correspondiente a la evicción sufrida con la indemnización de los perjuicios procedentes o derivados del inicial desconocimiento de la desposesión del vendedor y, en su caso, de la ocultación maliciosa de ésta.

Según la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el capítulo que trata «de la pluralidad de las partes», aparte del litis consorcio (art. 12), el artículo 14 se refiere a la «Intervención provocada» por el demandante (ap. 1) o por el demandado (ap. 2). El artículo 14.1 dispone que: «En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes».

Se distingue «de la acumulación de acciones y de procesos» de que trata el Título III que empieza con el artículo 71.

La intervención provocada en el proceso por llamada en garantía del comprador al vendedor (art. 1.482 del Código Civil) se suele denominar, según modelo italiano, «llamada en causa».

En los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (24), de ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, JAIME VEGA TORRES y JULIO BANA-

(24) Es interesante la afirmación clara de la *sinonimia* entre *acción* y *pretensión*, así como entre *proceso* y *juicio* (v. pág. 31). También, que «las *presunciones* no son un medio de prueba, pero se encuentran entre los sistemas o mecanismos para la fijación de los hechos como ciertos a efectos procesales (al igual que la notoriedad

CLOCHE PALAO, son de este último (JBP) los siguientes comentarios a los artículos 12-15:

«Aunque el interés del tercero es indirecto en relación con el objeto del litigio, la ley no establece que su actividad quede reducida a la mera exposición de las alegaciones favorables a la posición de la parte que le *llamó al proceso*, sino que le otorga «las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes»... Ahora bien, el que se permita al interviniente actuar no significa que se le obligue a hacerlo. Así, una vez que se le comunique la admisión de la intervención, tiene la *carga de comparecer* —pues si decide no acudir podrán producirse para él consecuencias negativas (por ejemplo, la exigencia de *responsabilidad por evicción*)—, pero no se le sanciona por el hecho de no hacerlo».

«Dado que el tercero carece de “la cualidad de demandado”, habría que diferir sus posibilidades de actuación a la audiencia previa al juicio o a la vista, en la que está legalmente previsto que se pueda matizar lo alegado por las partes, e incluir o añadir pretensiones complementarias que no alteren el objeto principal del litigio (art. 426)».

D) OPINIÓN MAYORITARIA

Es opinión mayoritaria, con ALBALADEJO y LACRUZ, que la *escritura notarial*, si formaliza el contrato de venta por un propietario desposeído, vale como entrega y *es una forma de entrega* por decisión y efecto de la ley, salvo pacto contrario en la misma escritura, pese a que el vendedor está desposeído por un tercero poseedor por más de un año y es imposible realizar una entrega material actual porque el poseedor se opone y se ha de ejercitar contra él la acción reivindicatoria para recobrar la posesión perdida y poder entregar la cosa.

Opinaba LACRUZ (tomando algunas de sus palabras) que la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa se produce a causa o por efecto del contrato obligatorio de compraventa pero mediante la «tradición», *en todo caso*, como requisito legal adicional al contrato, condicionante de su efecto, de la transmisión de la propiedad de la cosa, un requisito adicional, que generalmente es la *tradición* transmisiva de la posesión (art. 1.095). Aunque excepcionalmente, específicamente para el caso eventual de desposesión del vendedor e imposibilidad de tradición posesoria, la *escritura notarial es forma instrumental de una tradición incorporal*, de una tradición no posesoria, de una tradición sin transmisión de la posesión de la cosa. En tal caso excepcional, la existencia de la escritura vale como entrega.

y la conformidad o la admisión en los procesos regidos por el principio dispositivo) (v. pág. 643).

O sea que, la transmisión de la propiedad de la cosa vendida se produce a causa o por efecto de un contrato de compraventa pero mediante la tradición cuando el vendedor tiene la posesión en concepto de dueño de la cosa y la transmite [simultáneamente] al comprador mediante acuerdo o pacto escriturado de *constituto posesorio* (denominado «tradición instrumental»). Aunque conforme a la equivalencia ordenada por el artículo 1.462.2, según la interpreta el Tribunal Supremo en sentencia del 20 de enero de 1912, el mismo efecto de transmisión de la propiedad de la cosa vendida se produce a causa del contrato de compraventa mediante el «otorgamiento» (autorización) de la escritura notarial de compraventa cuando el vendedor está desposeído de la cosa y es actualmente imposible que realice la tradición, lo que exige hablar de una forma instrumental de tradición sin transmisión de la posesión, con la denominación de forma instrumental de tradición [legal] incorporal o de «tradición instrumental [*ex lege*] incorporal».

En resumen, según LACRUZ, la transmisión de la propiedad de una cosa por el vendedor desposeído se produce a causa del contrato de compraventa, pero *mediante el otorgamiento de la escritura* que según la ley equivale a la entrega, o sea, mediante tradición instrumental [legal] incorporal por ser imposible actualmente la tradición instrumental [legal] posesoria.

Sin embargo, LACRUZ no argumenta una fundamentación de tal equivalencia legal.

Pese al arraigo de esta opinión, **entiendo** que la expresión: «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, *el otorgamiento de ésta* equivaldrá a la entrega», alude al otorgamiento por el vendedor u *otorgante* «de esta» «**venta** formalizada mediante escritura pública», de una venta que se formaliza y prueba mediante la escritura, es decir, que el artículo 1.462.2 se refiere al otorgamiento por el vendedor de la venta escriturada notarialmente. Del contrato que puede incluir un «pacto contrario» al efecto legal, a la equivalencia ordenada por el artículo 1.462.2. Se interpreta consecuentemente que el artículo 1.462.2, la ley, ordena o dispone (salvo pacto contrario) que el supuesto de hecho **«otorgamiento de la venta formalizada mediante escritura notarial»** equivale o vale lo mismo que el supuesto de hecho «otorgamiento de la venta seguida simultáneamente de la entrega de la cosa por acuerdo de *constituto posesorio* o seguida simultáneamente de la sustitutiva cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria cuando el vendedor está desposeído», vale como si realmente hubiera no sólo contrato sino también una simultánea tradición por *constituto posesorio* de la cosa o una simultánea cesión de la acción reivindicatoria de la cosa que sustituye a la tradición imposible cuando el vendedor está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño de la cosa por más de un año.

El precepto no se refiere al usualmente llamado otorgamiento de la escritura «mediante la que se haga la venta», o sea, a la autorización del

notario que perfecciona el documento probatorio, ni se refiere a la parte del documento que contiene el consentimiento contractual de ambas partes.

En el título «del contrato de compra y venta», en el capítulo «de las obligaciones del vendedor», sección «de la entrega de la cosa vendida», el artículo 1.462.2 alude primordialmente al normal otorgamiento de la venta formalizada mediante escritura notarial por el vendedor, por el *auctor*, por el *otor*, por el que otorga la transmisión de la posesión en concepto de dueño (art. 447) y otorga la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa (art. 609.2, al final, art. 1.095 y art. 447) en cuanto debe entregar la cosa, o sea, transmitir su posesión en concepto de dueño (art. 1.461, 1.462.1, 1.474.1 y 447) y debe garantizar la cosa, pues responde de la posesión y de la pertenencia de la propiedad de la cosa sin vicios (art. 1.474).

Pero también alude al caso especial en que el vendedor está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, de manera que la tradición es actualmente imposible, queda sustituida por la simultánea cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria (según el art. 1.186 y el precedente histórico del D. 18.4.21) y simultáneamente se transmite el derecho de propiedad sobre la cosa, respondiendo el vendedor.

Opino que la transmisión de la propiedad de la cosa es efecto del contrato de compraventa, pero se produce al cumplirse la «condición legal» de la transmisión de la posesión en concepto de dueño, con la tradición o entrega de la cosa (art. 1.095) o con la ejecución forzosa (art. 1.096), *excepto cuando el vendedor está desposeído (como dije en el subtítulo de mi libro sobre «Transmisión...») porque entonces la tradición se sustituye ex lege por la cesión de la acción reivindicatoria*, de manera que, según el artículo 1.462.2, a causa de la venta formalizada en escritura notarial y mediante la simultánea cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria, resulta simultáneamente transmitido el derecho de propiedad incorporal y controvertido del vendedor propietario desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año contra el que procede ejercitar la acción reivindicatoria en un litigio sobre la pertenencia del derecho de propiedad y consiguiente atribución de la posesión en concepto de dueño.

Conforme a la equivalencia ordenada por el artículo 1.462.2, cuando el vendedor está desposeído, la venta formalizada mediante escritura notarial produce simultáneamente, en la fecha de la escritura, sin mediar ninguna tradición instrumental, la transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido sobre la cosa con la acción reivindicatoria para judicialmente interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión, porque esto es lo que ordena el artículo 1.186 del Código Civil y lo que antes del Código ordenaba el D. 18.4.21. Porque la desposesión del vendedor implica que la ley impone al vendedor la cesión *ex lege* al comprador de la acción reivindicatoria, simultánea al otorgamiento de la venta, o sea, en la fecha

de la escritura notarial de compraventa cuando se trata de una venta escriturada notarialmente, así que la venta, formalizada en escritura notarial, mediante la simultánea cesión legal de la acción reivindicatoria, simultáneamente transmite el derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído de la cosa por un tercero poseedor en concepto de dueño desde hace más de un año, contra el que sólo cabe reivindicar para recobrar la posesión. El vendedor formaliza la venta de la cosa de pertenencia controvertida mediante la escritura notarial, y *ex lege* se produce la cesión de la acción reivindicatoria que sustituye a la tradición. El vendedor vende la cosa de pertenencia controvertida mediante escritura notarial y *ex lege* queda cedida la acción reivindicatoria y así resulta transmitida la propiedad de la cosa.

Esto es lo que significa la sentencia del Tribunal Supremo, del 20 de enero de 1912, porque éste era el mismo efecto que antes del Código Civil de 1889, y su artículo 1.462.2 producía el contrato de compraventa complementado por el pacto *expreso* de cesión de las acciones del vendedor referentes a la cosa vendida, que primordialmente incluía la eventual acción reivindicatoria, según usual cláusula de estilo notarial que constaba en los formularios y en las escrituras notariales de compraventa desde el siglo XIII, especialmente en el formulario de ROLANDINO, que hizo propio el de Las Siete Partidas, vigentes como Derecho Patrio, pese a la Ley del Notariado de 1862, hasta el Código Civil de 1889, pocos años antes de iniciarse el juicio que terminó con la sentencia del 20 de enero de 1912.

Hoy, el sentido de este pacto secular queda integrado en el consentimiento del contrato de compraventa formalizado notarialmente por efecto de la ley del artículo 1.186, salvo pacto contrario en la misma escritura claramente expreso o deducible porque así lo ordena el artículo 1.462.2, y porque así resulta, además, de la aplicación de los artículos del Código Civil sustitutivos de las normas anteriormente vigentes que producían el mismo efecto (arts. 1.526, 1.186, 609.2, *al principio*: «*por la ley*») y teniendo en cuenta los mismos principios generales del Derecho que inspiran el D. 18.4.21, el D. 50.17.15 y otras normas originariamente romanas vigentes como Derecho español antes de 1889. Sin olvidar que el artículo 1.186, a través del artículo 1.303 del Código francés, también procede de diversas normas romanas sintetizadas por POTHIER.

Se ha de agradecer el gran esfuerzo y acierto de ALBALADEJO al seleccionar de entre un cúmulo de sentencias referentes al juicio de desahucio contra el vendedor que pasó a ser precarista, las que por referirse al juicio reivindicatorio contra el tercero poseedor en concepto de dueño siguen el verdadero camino trazado por la Historia del Derecho sobre la cesión de la acción reivindicatoria, sin apartarse del sistema del título y el modo pero superando la anticuada *procuratio in rem suam*.

El pacto expreso de *constituto posesorio*, hasta el año 1889, es un pacto referente a la entrega de la cosa por el que el vendedor transmite al comprador la posesión en concepto de dueño de la cosa y se constituye poseedor en nombre del comprador, resultando transmitida al comprador la propiedad de la cosa, a causa del contrato de compraventa, mediante la tradición instrumental, en el momento mismo de otorgar la venta con el pacto de constituto, que es el momento en que el notario autoriza la escritura, en la fecha de la escritura.

El pacto expreso de cesión de la acción reivindicatoria, hasta el año 1889, es un pacto referente a la entrega cuando ésta es simultáneamente imposible porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño desde hace más de un año, contra el que se ha de ejercitar la acción reivindicatoria, pacto por el que el vendedor sustituye la imposible entrega o tradición mediante *constituto posesorio* por la cesión transmisiva de la acción reivindicatoria, y así, reafirmando su derecho de propiedad sobre la cosa que otro posee como dueño, resulta transmitido al comprador el derecho de propiedad con la acción reivindicatoria, a causa del contrato de compraventa, y con la cesión pactada en el momento mismo de otorgar la venta con el pacto de cesión y de autorizar la escritura el notario.

El comprador que acepta la compraventa con el *pacto expreso de cesión de la acción reivindicatoria* opta por mantener el contrato con la cesión, pese a la desposesión, para poder sin demora interrumpir la usucapión en curso y para demandar al tercero poseedor y obtener la posesión, pero sin perjuicio de la invalidación del contrato en caso de evicción.

Hasta 1889, conforme al D. 18.4.21 y al C. 4.39.9, *cuando el comprador desconocía la desposesión y no había pacto expreso de cesión*, el contrato de compraventa, *mediante la cesión legal* (sin necesidad de elegir u optar expresamente entre concertar un pacto de cesión adicional al contrato de compraventa o pedir la invalidación del contrato de compraventa) *producía el efecto transmisivo del derecho de propiedad del propietario desposeído con la inseparable acción reivindicatoria*, pero sin perjuicio de la invalidación del contrato en caso de evicción, y sin perjuicio de optar por desistir del contrato. Pero, para invalidar el contrato, sólo con el juicio reivindicatorio del comprador contra el poseedor se podía decidir la pertenencia de la cosa al vendedor (antes de vender) o al poseedor, con llamamiento en garantía al vendedor para que quedara vinculado por la eventual sentencia desestimatoria con invalidación del contrato.

Ahora, conforme al artículo 1.462.2 y considerado el sentido del artículo 1.186, otorgar la venta mediante escritura notarial implica transmitir la propiedad de la cosa, tanto si el vendedor es el poseedor como si está desposeído, salvo pacto contrario de reserva del dominio en la misma escritura, sin perjuicio de la invalidación del contrato en caso de evicción.

Matiza Gordillo Cañas

GORDILLO CAÑAS, en su trabajo sobre *La inscripción en el Registro de la Propiedad...* (v. anterior n. 11) dice que hay un problema registral *insoslayable* (cuando el actual titular registral del dominio ha comprado al anterior titular registral que estaba desposeído y no pudo hacer entrega material de la finca para transmitir su dominio al comprador) que requiere tomar una decisión (pág. 177). Pero se trata de un problema *complejo* y «en el presente contexto» no puede analizar íntegramente la argumentación de todas las propuestas de solución. Aunque le dedica la atención suficiente (págs. 164 a 180) para manifestar su *preferencia inicial por la «propuesta cuarta», de Lacruz y Albaladejo, respecto a la «propuesta quinta» con la tesis de Giménez Roig sobre la figura histórica de la cesión de la acción reivindicatoria*.

Alude a las opiniones de PÉREZ y ALGUER, de Díez-PICAZO y GULLÓN, y de RUBIO GARRIDO, que se limitan a apuntar la posible cesión de la acción reivindicatoria sin ofrecer ningún desarrollo explicativo.

Añade que: «Puede invocar esta tesis de Giménez Roig en su favor, *ciertamente, la autoridad de Pedro Gómez de la Serna, decidido defensor de la posibilidad de inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria frente a quienes mantuvieron la opinión contraria* (25).

Sin embargo (pág. 177), «*si esta propuesta quinta no apareciera con fuerza como para imponerse indiscutiblemente sobre las demás, habría que inclinarse por la cuarta propuesta, que respetando en su esencia la teoría del título y el modo* [con lo que acaso podría entenderse que la propuesta quinta, tal como la expone GIMÉNEZ ROIG, no respeta tal esencia] y conjugándola con nuestro sistema registral de inscripción declarativa o publicadora, *da explicación adecuada y suficiente al dato legal suministrado por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria: que el adquirente inscrito de dueño no poseedor es propietario*».

1. En cuanto a la propuesta quinta en sí, según GORDILLO CAÑAS, «Puede haber quien deliberadamente quiera adquirir e inscribir su derecho de propietario no poseedor y para ello recurra a una cesión de tal derecho conceptuada como cesión de la propiedad o de la acción reivindicatoria y, en ambos casos, no necesitada de la entrega de la finca para su efectividad».

Para este supuesto admite la propuesta quinta, porque GÓMEZ DE LA SERNA, con su autoridad *indiscutible*, lo contempla expresamente en 1862, estando vigente el Derecho anterior al Código Civil de 1889.

(25) Con estas palabras de GORDILLO CAÑAS es la primera vez que veo destacada la *indiscutible* autoridad de Gómez de la Serna, al que se ha venido «ninguneando», pese a ser, prácticamente, el autor de la Ley Hipotecaria de 1861, y no sólo de su Exposición de Motivos, sobre cuyo criterio fundamenté mi primer estudio en el año 1980 y al que he recordado en todos mis posteriores estudios, sin dejar de advertir el silencio doctrinal imperante (cfr. *Tráfico jurídico...*, pág. 162).

A GORDILLO CAÑAS le preocupa que la propuesta quinta pudiera ser incompatible con la tradicional «teoría» del título y el modo. Pero no dice y acaso olvida que, precisamente, GÓMEZ DE LA SERNA fue el paladín del sistema del título y el modo frente a las opiniones germanizantes o afrancesadas rechazadas al discutirse la Ley Hipotecaria de 1861. Aunque sí dice que fue decidido defensor de la posibilidad de inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria frente a quienes mantuvieron la opinión contraria. Por lo que acaba admitiendo que *«nada puede objetarse a aquella defensa [por GÓMEZ DE LA SERNA, en 1862] ni, por consiguiente, a la bondad de la propuesta quinta [por la tesis de GIMÉNEZ ROIG, en 1998] y al mecanismo que la misma brinda hoy al dueño no poseedor para transmitir su derecho, y al adquirente para inscribirlo a su favor en el Registro»*.

Claro es que GÓMEZ DE LA SERNA se refiere directamente al **caso primordial** de la **desposesión** del vendedor **conocida y manifestada o declarada expresamente** en la escritura notarial de compraventa. Es el mismo caso al que alude Díez-Picazo y Gullón. Es el mismo caso estudiado en *Tráfico jurídico...*, Capítulo II, apartado 1 (26).

Un caso que podría ser frecuente antes y después de la LH de 1861, *aunque hoy*, con el artículo 1.462.2 del Código Civil de 1889 y el artículo 36.1 de la LH vigente, *puede considerarse caso de escuela o caso utópico* prácticamente menospreciable desde el siguiente punto de vista de GORDILLO CAÑAS.

2. *«Pero —sigue diciendo GORDILLO CAÑAS— cuando el caso no es ese [sino el de la desposesión desconocida al comprar y comprobada después de la compra... y de la inscripción] cuando el comprador se había propuesto comprar la finca y es después de otorgada la escritura de venta cuando se descubre que la finca se encuentra poseída en concepto de dueño por persona distinta al vendedor, ¿también entonces se deberá entender que lo que en realidad escondía el contrato transmisivo, que se consideró y quiso como compraventa de cosa, era una cesión del derecho de propiedad o de la acción que sobre la base de tal derecho permite reclamar de un tercero la posesión?»... (27).*

(26) A este caso, que es el **caso primordial**, me refiero en *Tráfico jurídico...* (pág. 153, apartado 1): *«Compraventa por el vendedor desposeído cuando el comprador CONOCE la situación de desposesión del vendedor, porque éste lo manifiesta o sin que lo manifieste. Compraventa-cesión directa (art. 1.526)»*. A este caso se refiere la *sentencia de 21 de diciembre de 1905*.

(27) La cita de GORDILLO CAÑAS remite al lector a las páginas de la obra *Tráfico jurídico...* (págs. 168 a 172, apartado 2), referente a la *«Compraventa por el vendedor desposeído cuando el comprador DESCONOCE la situación de desposesión del vendedor: Compraventa-cesión por opción [elección] del comprador en una compraventa aparentemente normal (art. 1.460.2)» (no confundir con art. 1.462.2)*.

La cita de GORDILLO CAÑAS parece olvidar que la obra citada considera, en el apartado 3) (págs. 172 a 181), la *«Compraventa aparentemente normal de una finca mediante*

Es claro que ALBALADEJO y LACRUZ, al comentar el Código Civil de 1889, no sólo olvidaron el criterio del legislador de la LH de 1861, el de GÓMEZ DE LA SERNA, para el caso primordial, sino que también olvidaron su adaptación histórica a este caso, aunque vieron, acertadamente, que según el Tribunal Supremo (sentencia del 20 de enero de 1912), la solución al aludido problema registral de la desposesión **desconocida** puede encontrarse en el artículo 1.462.2, aunque no explicaron cómo y por qué.

Para no rozar *la letra* del artículo 609.2 (cuando dice «por consecuencia de ciertos contratos mediante la *tradición*»), prefirieron exponer que la norma del artículo 1.462.2 contempla una **tradición** instrumental *en todo caso, tanto si el vendedor es el poseedor en concepto de dueño y hay implícita una tradición por constituto posesorio, como si el vendedor está desposeído*, aunque no ignoraron que atentaban contra el significado histórico de la tradición en el sistema vigente. Porque, verdaderamente, si el vendedor está desposeído *no hay tradición en el sentido técnico tradicional de transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa*, ni hay «puesta a disposición» del comprador.

Se llega a decir que existe una *tradición instrumental incorporal*, pese a que es evidente no se transmite la corporalidad y la posesión de la cosa cuando un tercero la posee en concepto de dueño antes de la compraventa y continúa poseyéndola en concepto de dueño después de la inscripción de la compraventa, cuando no hay ninguna clase, real o ficticia, de cambio de poseedor, y cuando lo incorporal es el derecho y no la tradición.

Lo cierto es que, pese a no existir cambio de poseedor, resulta transmitido al comprador el derecho de propiedad del propietario desposeído *en los casos de las dos sentencias del Tribunal Supremo que Albaladejo concretó* (después de leer «todas» las que se citaban en un verdadero cajón de sastre, la inmensa mayoría referentes al juicio de desahucio y no al juicio reivindicatorio), la del **21 de diciembre de 1905** y la del **20 de enero de 1912**, aparte la del **12 de abril de 1890**, que aplica el Derecho anterior al Código Civil (analizadas en *Transmisión...*, pág. 366 y sigs.).

En resumen, para el caso en que consta inscrita una compraventa y se comprueba que el vendedor era titular registral del dominio pero no poseedor, **manifiesta** GORDILLO CAÑAS, con especial cautela, *«prefiero la “propues-*

escritura notarial normal, en la que no se manifiesta la situación de desposesión del vendedor» (art. 1.462.2 y STS de 20 de enero de 1912).

Antes de pasar a considerar en el apartado 4) (págs. 181 a 189) el específico *caso planteado por la propuesta cuarta* y la sentencia de 20 de enero de 1912, porque *no se puede comprender por sí solo, sin tener en cuenta los apartados 1), 2) y 3), dentro de la «teoría de la cesión de acciones y derechos incorporales»*, que la «propuesta cuarta» no tiene en cuenta.

ta cuarta” mientras la “propuesta quinta” no aparezca con fuerza suficiente para imponerse indiscutiblemente».

Sin embargo, no analiza detenidamente la propuesta quinta, porque el problema «es de una **complejidad** cuyos detalles no caben en el presente contexto» y, sobre todo, porque cree que el problema lo resuelve **simplemente** o **sencillamente** la propuesta cuarta, *que tiene una solución o un fundamento muy sencillo, que es el de la equivalencia ordenada por el artículo 1.462.2*, «sin tener que recurrir a las **complicadas explicaciones** que se hacen necesarias en la quinta propuesta para llegar al mismo resultado»: Mediante la escritura notarial de venta por el propietario desposeído se transmite la propiedad de la cosa en la fecha de la escritura.

«Esta es la razón que nos lleva a preferir la propuesta cuarta “...” si en la misma se logra explicar por qué una forma de tradición que no lleva efectivamente a la entrega puede servir como “modo” para transmitir el dominio».

Porque, muy acertadamente, la cartesiana duda metódica de la investigación científica impone a GORDILLO CAÑAS «dudar del preciso valor de los antecedentes históricos de las sentencias en que se concreta la propuesta cuarta» y «echar de menos que esta propuesta no justifique racionalmente por qué el mero símbolo de tradición (que para algunos es la tradición instrumental por el vendedor poseedor) puede suplantar a la realidad *simbolizada* cuando se comprueba que ésta es imposible y por qué puede valer para la transmisión de la propiedad la ficción de tradición que es la tradición instrumental si el tradens carece de toda forma de posesión, pese a que la ley no establece claramente que la ley permite prescindir de la realidad *fingida*».

Dice que «es inobjetable, en la tesis de GIMÉNEZ ROIG, que en la cesión o venta de la propiedad sin posesión [del vendedor] es imposible y, por tanto, inexigible [al vendedor] la entrega material de la cosa».

Pero tiene su pensamiento centrado en la interpretación usual del sistema del título y el modo con el cumplimiento de *cualquier forma de tradición*, ineludiblemente, *en todo caso*, incluso cuando la verdadera tradición es imposible, y así puede imaginar que para su explicación de la «propuesta cuarta» es «sencilla» la idea de la **equivalencia por el resultado y de la escritura notarial como forma de tradición instrumental**, mas no puede, con seguridad, creer que sea suficiente porque, como apunta MORALES MORENO, no se puede resolver la cuestión atendiendo sólo a la letra de la ley (28).

(28) La nota 423 incluye la opinión de ANTONIO MANUEL MORALES MORENO (*op. cit.*, pág. 161): que el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega, léxicamente puede significar una **equivalencia por el medio** transmisivo (que la escritura es una forma de entrega) o una **equivalencia por el resultado** (que la escritura no es una forma de entrega pero produce el mismo efecto que la entrega, o sea, la transmisión del dominio). Como ambas soluciones son léxicamente mantenibles, no se puede resolver

Sin embargo, a mi juicio, se puede resolver el dilema atendiendo a la Historia del Derecho, a la *fundamentación histórica de la denominada equivalencia por el resultado*, que verdaderamente se refiere a la eficacia traslativa del contrato de compraventa sin que medie tradición, aunque se diga está sustituida por la cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria [y de la propiedad] cuando el vendedor está desposeído.

También para la explicación de la «propuesta quinta» es «sencilla» e indiscutible la idea de que, históricamente, el sistema del título y el modo es perfectamente compatible con la llamada cesión de la acción reivindicatoria, pues basta releer a GÓMEZ DE LA SERNA para convencerse, y los citados tres textos romanos de PAULO son totalmente decisivos, antes del Código Civil de 1889 y ahora.

Aunque las **explicaciones deducidas** de realidades históricas documentales y normativas se puedan considerar **complicadas explicaciones**, *grosso modo* y a primera vista, sin tener en cuenta la prolongada investigación necesaria para armonizar cuestiones muy dispersas y aparentemente contradictorias bastantes de ellas.

E) COLOFÓN TERMINOLÓGICO

Para orientar al lector de este estudio, estimo conviene centre su atención en los siguientes puntos del Sumario:

1. En A-2), 1. La **tradición** es la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa, pero tiene «fuerza» (*vim*) para que se realice la transmisión de la propiedad de la cosa específica vendida en cuanto es requisito legal adicional y condicionante de la eficacia transmisiva del contrato de venta, que es la causa jurídica de la transmisión de la propiedad (D. 41.1.31.pr., de PAULO, y Código Civil, arts. 609.2, 1.095 y 447).

2. En A-1), 3. La escritura notarial boloñesa del siglo XIII, para lograr la **simultaneidad** de la perfección del contrato de venta y de la transmisión de la propiedad de la cosa específica vendida (para que en la fecha de la escri-
tu-

la cuestión atendiendo **sólo** a la letra de la ley». [Pero sí que se puede atendiendo a la Historia del Derecho...]

Según la misma nota 423: «En la doctrina más reciente, JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL («Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias», en AAMN, XXXII, págs. 214-215) opina que: «En la tradición instrumental, que no es ni una tradición simbólica ni una tradición fingida [...] el legislador se limita a reconocer un hecho: la normal simultaneidad entre el otorgamiento de la escritura y la puesta a disposición del adquirente de la cosa transmitida, en concepto de nuevo dueño de la misma [...]. La *traditio instrumental*, así entendida, trae consigo la determinación del momento [de la fecha dice el art. 1.526] en que se produce el efecto jurídico de la transmisión del dominio».

ra resulte transmitido el derecho de propiedad sobre la cosa), incluye el pacto expreso de tradición (por *constituto posesorio*) simultánea a la perfección del contrato y el pacto expreso de cesión de la acción reivindicatoria simultánea a la perfección del contrato, aplicable en sustitución del pacto de tradición por *constituto posesorio*, que resultaría de imposible cumplimiento si en el momento de la perfección del contrato el vendedor estuviera desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año.

En **B-2), 5.2.** El artículo 1.462.2 del Código Civil de 1889, sin tales pactos expresos, logra la misma simultaneidad para la actual venta mediante escritura notarial.

3. Con la escritura notarial boloñesa, si el vendedor posee la cosa en concepto de dueño, el pacto de tradición por *constituto posesorio* determina que en la fecha de la escritura resulta transmitida la posesión en concepto de dueño de la cosa al comprador, y mediante ella resulta transmitida la propiedad de la cosa al comprador si el vendedor ha cobrado el precio o ha consentido su aplazamiento y si el vendedor es el propietario.

Con el artículo 1.466 del Código Civil de 1889 y la unidad de acto para la perfección de la escritura notarial normal se llega al mismo resultado, aunque el cobro del precio o su aplazamiento ya no es requisito necesario para la transmisión de la propiedad de la cosa entregada.

4. En **A-2), 5.2.** Con la escritura notarial boloñesa, si el vendedor ha perdido la posesión de la cosa porque está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, en el momento de la perfección del contrato de venta es imposible el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, de la tradición por *constituto posesorio*, pero para mantener la vigencia del contrato con la voluntad acordada de un intercambio de propiedades, el pretor ordenó (**D. 18.4.21**, de PAULO) que el vendedor, en sustitución de la tradición actualmente imposible, debe ceder al comprador la acción reivindicatoria contra el «desposeedor», y esta cesión resulta cumplida en el momento de la perfección del contrato de venta con el incluido pacto de cesión de la acción reivindicatoria, y la cumplida cesión determina que, en el mismo momento, resulta cumplida la transmisión de la propiedad sin necesidad de esperar a que por el ejercicio de la acción reivindicatoria se recobre la posesión de la cosa y pueda ser recibida materialmente o *brevi manu* por el comprador.

Con el artículo **1.186** del Código Civil **corresponde** al comprador por cesión *ex lege* (cesión por la Ley del 1.186, o «cesión legal») el derecho de propiedad sobre la cosa, con la inseparable acción reivindicatoria contra el «desposeedor», como pertenecía al vendedor en el momento de la perfección del contrato de compraventa.

5. En la **Introducción** se precisa el concepto del **propietario desposeído** y el de la **cesión** propiamente dicha, transmisiva de la acción reivindicatoria, contrapuesta a la denominada cesión impropia de la antigua *procuratio*

in rem suam, no transmisiva de la acción reivindicatoria. La nota al pie concreta el sentido del subtítulo de mi obra sobre *Transmisión del derecho de propiedad...*, en relación con el final («mediante la tradición») del artículo 609.2 del Código Civil.

6. En A-1), 7. Es histórica, aunque hoy pueda parecer perturbadora, la distinción entre cosa corporal (que se puede tocar) y cosa incorporea (que no se puede tocar, incluidas las acciones y los derechos, según GARCÍA GOYENA).

7. En A-2), **Cesión...** También es histórica, aunque hoy pueda parecer perturbadora, la *sinonimia* general entre *acción o derecho incorporea* del artículo 1.526 del Código Civil y de su epígrafe.

8. Histórica es la *sinonimia* entre la *cosa* corporal y el llamado *derecho de propiedad* corporal, el derecho y la posesión del propietario poseedor de la cosa, o el derecho de propiedad efectivamente acompañado de la posesión en concepto de dueño de la cosa corporal, o el derecho y la posesión pertenecientes al propietario poseedor, que son presupuestos del artículo 1.445.

9. Derecho de propiedad adjetivado como corporal para distinguirlo del derecho de propiedad circunstancialmente adjetivado como *incorporea*, que es el *perteneciente al propietario desposeído*, en cuanto el propietario no tiene la posesión en concepto de dueño porque la tiene un tercero «desposeedor» contra el que procede ejercitar la acción reivindicatoria para defender la pertenencia controvertida del derecho y para recuperar la posesión. Se califica como *derecho de propiedad incorporea y controvertido, con la inseparable acción reivindicatoria*, para incluirlo en el general supuesto de hecho del artículo 1.526.

10. Aunque en el derecho de propiedad se integra la facultad de poseer la cosa en concepto de dueño, que es la verdadera posesión, la *posesión* por antonomasia. Diferenciada de la *cuasi posesión*, correspondiente a cualquier derecho real parcial cuasi posesorio, que puede ser objeto de cuasi tradición, a la que alude el artículo 1.464 del Código Civil, aunque hable impropia-mente de derecho incorporea.

11. En A-2), 1, al final. Resulta congruente la consideración como **inseparables** que se atribuye al *derecho de propiedad* que conserva el propietario desposeído y a la derivada *acción reivindicatoria* para defender la pertenencia controvertida del derecho contra el «desposeedor» y recuperar la posesión perdida transitoriamente.

12. En A-2), 2). Inseparabilidad unida a cierta **sinonimia o equivalencia**, porque es frecuente decir que se tiene la *acción reivindicatoria* para significar que se tiene el *derecho de propiedad incorporea y controvertido, con la inseparable acción reivindicatoria, del propietario desposeído* (D. 50.17.15 de PAULO).

13. En **B-2), 5.2.** Al ordenar el artículo **1.462.2 del Código Civil** que la venta mediante escritura notarial **equivale**, por su efecto, a la venta mediante entrega de la cosa, simultánea a la perfección de la escritura, **dispone** que **la venta mediante escritura notarial transmite la propiedad de la cosa simultáneamente a la perfección de la escritura**, *salvo pacto contrario en la misma escritura*, porque si el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, la venta mediante escritura notarial, *ex lege* transmite la posesión y mediante esta «*tradición legal*» *instrumental* resulta transmitida la propiedad de la cosa, y porque si el vendedor está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, la venta mediante escritura notarial, *ex lege* transmite o cede la acción reivindicatoria para obtener la posesión, lo que modifica sustitutivamente, *ex lege*, el cumplimiento por el vendedor de su obligación de entregar la cosa, y mediante esta «*cesión legal*» *instrumental* de la acción reivindicatoria del propietario desposeído (o del derecho de propiedad incorporal y controvertido con la acción reivindicatoria) resulta transmitida la propiedad de la cosa, con la inseparable acción reivindicatoria para obtener la posesión *después* de haber adquirido la propiedad en la fecha de la escritura.

14. Opino que las objeciones a esta interpretación, en sus anteriores formulaciones, eran consecuencia de discrepancias o incomprensiones terminológicas, que confío haber contribuido a aclarar.

Sin descartar el que muchos opinen que la tradición es un negocio dispositivo a causa de un negocio solamente obligatorio de compraventa, aunque otros opinemos que es la transmisión de la posesión en concepto de dueño para que, mediante su cumplimiento obligado, resulte transmitida la propiedad a causa o por efecto transmisivo del contrato de compraventa, secularmente condicionado por la ley a la transmisión de la posesión en concepto de dueño.

Transmisión de posesión que la ley no exige, por excepción lógica, cuando es imposible a consecuencia de la circunstancial situación de desposesión del vendedor en el momento de la perfección de la venta, por lo que, simultáneamente, sustituye la imposible tradición por la «cesión legal» del derecho de propiedad con la acción reivindicatoria, salvo pacto contrario de reserva de la propiedad resultante de la misma escritura de venta, teniendo en cuenta o considerando una secular práctica notarial interpretativa de la voluntad de los contratantes.

Mantenida antes y después de la Ley Hipotecaria de 1861, hasta el Código Civil de 1889 con la equivalencia del artículo 1.462.2, que facilita la inscripción registral al amparo del artículo 2.º, primero, y al artículo 3.º de la LH.

Prácticamente, basta que la escritura de venta silencie la posible existencia de un tercero poseedor no propietario de la finca para eludir las dificultades de calificación o procesales que pudiera plantear el artículo 36 LH.

Valencia, octubre de 2002.

EUSEBIO JIMÉNEZ ROIG
Registrador de la Propiedad, jubilado

La sucesión testada en el Derecho Civil propio de Galicia: el testamento abierto notarial, el testamento mancomunado y la delegación de la facultad de mejorar

«Non sería dificultoso que os xuristas galegos escolmaran nos Códigos alleos as modalidades máis admirables, para compor unha codificación ideal do Dereito en Galiza; pero non tería efectividade sen estudar, primeiramente, as modalidades e principios do Dereito galego non escrito, que o povo coñece, respeta e practica como xusto, e sen ouvir previamente aos servizos técnicos encargados de estudaren os problemas a as súas solucións máis proveitosas»

(CASTELAO, *Sempre en Galiza*, 1935)

SUMARIO: PRELIMINAR. UBICACION SISTEMATICA DEL OBJETO DE ESTUDIO.—I. TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL: I.1. EL TESTAMENTO INDIVIDUAL, EL MANCOMUNADO Y EL LLAMADO TESTAMENTO POR COMISARIO COMO SUBTIPOS DE TESTAMENTOS ABIERTOS NOTARIALES, AUNQUE NO NECESARIAMENTE HAYAN DE REVESTIR, NINGUNO DE ELLOS, ESTA FORMA. I.2. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES: I.2.A. *Precisiones previas. La adecuación constitucional de la norma de acuerdo con la doctrina del TC.* I.2.B. *Supuestos en los que la presencia de testigos instrumentales es preceptiva.* I.2.C. *Los requisitos de capacidad de los testigos instrumentales.* I.2.D. *El número de los testigos instrumentales.*—II. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO: II.1. PRELIMINARES: LA PROHIBICIÓN DE TESTAR MANCOMUNADAMENTE EN EL CÓDIGO CIVIL. II.2. CONCEPTO. II.3. REQUISITOS QUE HAN DE REUNIR LOS OTORGANTES. II.4. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN: II.4.A. *Revocación mancomunada o conjunta.* II.4.B. *Revocación unilateral:* II.4.B.a. *Revocación unilateral en vida de ambos testadores:* II.4.B.a.i) Requisitos. II.4.B.a.ii) Forma, contenido y plazo de la notificación de la revocación. II.4.B.b. *Efectos de la notificación de la revocación y de su falta.* II.4.C. *Revocación unilateral tras el fallecimiento de uno de los testadores.* II.5. DISPOSICIÓN POR ACTOS

INTER VIVOS DE BIENES A LOS QUE AFECTEN LAS CLÁUSULAS RECÍPROCAMENTE CONDICIONADAS.—III. LA DELEGACION DE LA FACULTAD DE MEJORAR (EL LLAMADO *TESTAMENTO POR COMISARIO*): III.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 141 A 143 DE LA LDCG. III.2. LA DELEGACIÓN AL CÓNYUGE VIUDO DE LA FACULTAD DE MEJORAR: III.2.A. *Designación y revocación*: III.2.A.a. Forma de la designación. III.2.A.b. Revocación de la designación realizada. III.3. CONDICIONES SUBJETIVAS DEL DELEGATARIO. III.4. EJERCICIO DE LA FACULTAD DELEGADA: III.4.A. *Carácter personalísimo de la facultad delegada*: III.4.B. *Contenido objetivo de la facultad de mejorar*: III.4.B.a. Elenco de facultades ínsitas en la de mejorar. III.4.B.b. Bienes sobre los que puede ejercitarse. III.4.C. *Ambito subjetivo de ejercicio*. III.4.D. *Momento de ejercicio*. III.4.E. *Modo de ejercicio*. III.5. TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES DE LOS BIENES HEREDITARIOS QUE SON OBJETO DE LA FACULTAD DE MEJORAR DELEGADA.—IV. LAS MEJORAS TESTAMENTARIAS Y LOS LEGADOS: IV.1. CONSTITUCIÓN UNILATERAL O TESTAMENTARIA DEL USUFRUCTO VIDUAL UNIVERSAL Y DE LAS MEJORAS. IV.2. CONTENIDO DE LA MEJORA DE TERCIO Y QUINTO. IV.3. VALOR INTERPRETATIVO E INTEGRADOR DE LA COSTUMBRE RESPECTO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.—V. PROPUESTAS PARA LA REVISIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN TESTADA EN LA LDCG/1995.

PRELIMINAR. UBICACION SISTEMÁTICA DEL OBJETO DE ESTUDIO

Bajo la rúbrica genérica «*De la sucesión testada*», la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (en adelante LDCG) (1) dedica las cuatro secciones que integran el Capítulo III de su Título VIII («*Sucesiones*») a la regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los testamentos abiertos notariales (art. 136), del testamento mancomunado (arts. 137 a 140), del que llama *testamento «por comisario»* (arts. 141 a 143) y a determinadas cuestiones en materia de «*mejoras testamentarias y legados*» (arts. 144 y 145, el primero de los cuales se limita a prever expresamente la posibilidad de que por vía de legado pueda constituirse el usufructo vidual universal, así como cualquier clase de mejora, al tiempo que aclara el contenido de la mejora de tercio y quinto; mientras que en el segundo únicamente se contiene una remisión a las normas de interpretación e integración que se contienen en el artículo 133 de la propia LDCG que se declaran expresamente aplicables a las instituciones propias de la sucesión testada). Estos preceptos son los que constituyen el objeto de atención de este estudio. A lo largo del mismo se hace alusión, de modo frecuente, al texto articulado que a modo de documento inicial de trabajo para la posible actualización de la LDCG/1995 ha elevado el día 28 de julio de 2001 al *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais* una comisión gu-

(1) DOG, núm. 107, de 6 de junio de 1995; BOE, núm. 152, de 27 de junio de 1995.

bernativa que, como órgano consultivo de la *Xunta de Galicia*, bajo la denominación de «*Comisión Superior para o estudo do desenvolvemente do Dereito civil de Galicia*» se creó en el año 1984, debiendo su composición y regulación actual al Decreto 107/1999, de 8 de abril (DOG núm. 84, de 4 de mayo de 1999), modificado por el Decreto 182/1999, de 17 de junio (en algunos momentos de esta exposición y por evidentes razones de fluidez expositiva aludo a la misma como órgano «*prelegislativo*») (2). Órgano consultivo encuadrado en la antedicha *Consellería*, cuya naturaleza no se corresponde con la de la ponencia parlamentaria que para similares fines se prevé que se constituya en el seno del Parlamento de Galicia por la DA 2.^a de la propia LDCG y que, superados ampliamente los cinco años de entrada en vigor de esta Ley, se ha constituido en virtud del Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Galicia, de 17 de mayo de 2002. En noviembre de 2002 se celebró en A Coruña el «III Congreso de Derecho Gallego», en el seno del cual se presentaron, discutieron y aprobaron algunas propuestas de modificación del vigente texto de la LDCG, también en materia de Derecho de Sucesiones. El texto elaborado por la Sección 6.^a de este «*Congreso*» —«Ildefonso Sánchez Mera»— puede encontrarse en <http://www.dereitogalego.com> (también en www.icacor.es).

I. TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL

I.1. EL TESTAMENTO INDIVIDUAL, EL MANCOMUNADO Y EL LLAMADO TESTAMENTO POR COMISARIO COMO SUBTIPOS DE TESTAMENTOS ABIERTOS NOTARIALES, AUNQUE NO NECESARIAMENTE HAYAN DE REVESTIR, NINGUNO DE ELLOS, ESTA FORMA

El pf. 1.º del artículo 136 de la LDCG dispone que *el testamento abierto podrá ser individual, mancomunado o por comisario*. Se trata de un precepto que a pesar de que inicialmente su carácter no parece exceder de las pretensiones propias de lo meramente enunciativo, su interpretación genera dudas con consecuencias importantes, según cuál sea la respuesta que a las mismas se dé, además de poner de manifiesto sus notables incorrecciones técnicas. La primera de estas incorrecciones, que resulta de la mera lectura del precepto, es que, pese a tener ese carácter pretendidamente enunciativo o meramente expositivo, al enumerar los distintos tipos de testamento abierto notarial se olvida de algunas modalidades contempladas en el Código Civil: el testamento en peligro de muerte y el testamento en caso de epidemia

(2) La existencia de este tipo de órganos en materia de Derecho Privado no es exclusiva de Galicia, así en Cataluña, el Decreto 190/2000, de 29 de mayo, del *Departament de Justícia*, ha creado el llamado *Observatorio de Derecho Privado de Cataluña* (DOGC, núm. 3.156, de 7 de junio de 2000), en cuyo seno se constituye la *Comisión de Codificación* (arts. 8 a 16).

(arts. 700 y 701 del Código Civil). Con ello se suscita la duda, que se resuelve de inmediato en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la LDCG y de la toma en consideración de la que es patente intención del legislador, acerca de la aplicación de las normas del Código Civil en los aspectos no regulados en la LDCG y en cuanto no se opongan a lo en ésta dispuesto. Esta cuestión de ámbito objetivo restringido permite traer a colación una crítica que, desde algunos sectores de la doctrina, se ha hecho al contenido del artículo 136 de la LDCG, poniendo de manifiesto que, pese a tratarse de un precepto en el que se pretenden incluir las disposiciones generales y comunes a la regulación de la sucesión testada en la LDCG, no se contiene una remisión expresa a la aplicación de las disposiciones contenidas en el Código Civil (como ocurre, *v.gr.*, en Navarra, País Vasco, Baleares y se hacía en la *Propuesta* presentada al Parlamento de Galicia en 1991 por el *Consello da Cultura Galega*). A esta crítica de calado general puede contestarse dando el mismo alcance general a la respuesta a la cuestión concreta que hemos formulado, de donde con naturalidad resulta la innecesariedad —el carácter superfluo que tendría— de la norma por algunos reclamada.

Mayores problemas hermenéuticos ha suscitado la inclusión expresa del testamento mancomunado y del llamado *testamento por comisario* como subespecies del testamento abierto notarial en el artículo 136.1 de la LDCG. La pregunta de mayor calado que no resuelve expresamente este precepto y tampoco ningún otro de la misma Ley en el primer caso, y a la que por ello se ofrecen en la doctrina respuestas radicalmente opuestas, es la siguiente: La inclusión de estos dos tipos de testamento como subespecies del testamento abierto notarial, ¿supone que están vedadas las otras formas testamentarias para estos dos tipos de testamento?

Respecto del llamado testamento por comisario el artículo 141 de la LDCG, nos da la respuesta expresamente al permitir que la designación de *comisario* se realice en testamento, sin exigir ninguna forma testamentaria en concreto, de manera que podrá realizarse en cualquier de los testamentos admitidos, a lo que añade la posibilidad de su designación en capitulaciones matrimoniales. En cuanto al ejercicio por el *comisario* de la facultad delegada, como tendremos oportunidad de ver con mayor detenimiento, se permite que sea llevado a cabo por cualquier vía, tanto testamentario como a través de un negocio jurídico con eficacia *inter vivos*.

No tan meridiana se presenta la respuesta respecto del testamento mancomunado. Quienes consideran que el testamento abierto notarial es la única forma hábil mediante la que puede formalizarse el testamento mancomunado, aducen los siguientes argumentos (3):

(3) En este sentido se han pronunciado, hasta la fecha, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Comentarios ó Título VIII da LDCG», en *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei*

- a) *Los precedentes prelegislativos del precepto*. Estos están constituidos por el artículo 92 del *proyecto* presentado al Parlamento de Galicia el día 22 de marzo de 1991 por la autodenominada «*Comisión non permanente de Dereito Civil de Galicia*», en el que expresamente se disponía la posibilidad de los cónyuges gallegos de testar mancomunadamente en un solo instrumento, dentro o fuera de Galicia, *con las formalidades propias del testamento abierto notarial del lugar de otorgamiento*; pero también, como sabemos, por el texto articulado elaborado poco después por el *Consello da Cultura Galega* y elevado el mismo año 1991 al Parlamento gallego y, en éste, no se exige que el testamento mancomunado revista la forma notarial abierta. En efecto, el críptico artículo 90 de esta propuesta se limitaba a establecer una redundante obviedad: «*Os cónxuxes galegos poderán testar mancomunadamente, aínda fóra de Galicia, só en forma de testamento*». De lo dicho se deriva que, amén de que los precedentes legislativos de la norma en vigor no son coincidentes en el aspecto que nos ocupa, el argumento de la presencia en ellos de la exigencia expresa de una determinada forma que desaparece en el texto de la Ley, finalmente promulgada, más bien haría presuponer al intérprete que la voluntad del legislador de que tal exigencia desapareciese. Por otra parte, ha de ponerse de manifiesto ya, a estos efectos, que si lo que justifica la necesaria intervención del notario en su calidad de técnico en la materia es la especial dificultad del régimen de revocación del testamento mancomunado, cuando lo que el testador lo que pretende es revocarlo, el artícu-

471995 do 24 de maio) (AA.VV.), Ed. Parlamento de Galicia-ARXG, Santiago de Compostela, 1996, pág. 401; *ibidem*, *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia*, Ed. Ir Indo, Vigo, 1997, pág. 100; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios a los artículos 136 y 137 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1997, págs. 986-987 y 1032, respectivamente; PÉREZ ALVAREZ, M. A., «Comentarios a los artículos 141 y 142 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, vol. 2.º, *op. cit.*, págs. 1116 y 1117; *ibidem*, haciéndose eco de las opiniones discrepantes y sin pronunciarse de manera tan contundente, acaso por el carácter didáctico de la obra en la que lo hace, *Manual de Derecho Civil gallego* (AA.VV.), Ed. Colex, Madrid, 1999, págs. 224 y 225; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1997 (2.ª edic.), pág. 453. Este parecer es compartido expresamente por LÓPEZ SUÁREZ, M. A., «El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil vasco*, Ed. RSBAP (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, pág. 454; *ibidem*, «La intervención del notario en el otorgamiento del testamento mancomunado gallego», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, págs. 374 y sigs.

lo 139.2 de la LDCG exige la intervención de aquél al requerir, ahora sí expresamente, la forma abierta notarial.

- b) *El tenor literal del artículo 136.1 de la LDCG.* En efecto, si se realiza una interpretación que atienda exclusivamente al canon literal, del artículo 136.1 LDCG se deriva la conclusión de que el testamento mancomunado es un testamento abierto. Sin embargo, aún quienes afirman que en el Derecho Civil propio de Galicia la forma abierta notarial es la única mediante la que cabe formalizar un testamento mancomunado y lo hacen sobre este argumento, de inmediato reconocen, porque el texto de la LDCG no deja otra opción, que el llamado *testamento por comisario* puede hacerse en cualquier forma testamentaria válida, sin que sea necesario acudir al testamento abierto notarial (4). Otra interpretación llevaría al absurdo de pensar que en Galicia el testamento individual, que también se cita en el pf. 1.º del artículo 136 de la LDCG, ha de revestir siempre la forma abierta notarial. Luego la conclusión es evidente, del tenor literal del artículo 136.1 de la LDCG cabe colegir que el testamento abierto es una forma válida para testar mancomunadamente, de igual manera que lo es para formalizar el llamado *testamento por comisario*, pero en ningún caso impone que ésta sea la única forma admisible. Por otra parte, el hecho de que la forma sea especialmente tenida en cuenta por el legislador gallego cuando regula la revocación del testamento mancomunado, exigiendo expresamente en este caso la forma abierta notarial y no limitándose a decir que habrá de ser revocado en la misma forma que fue otorgado, hace pensar razonablemente que no quiso imponer una forma determinada para su otorgamiento.
- c) *De naturaleza literal es también el argumento que en este mismo sentido se ha esgrimido en atención a que el artículo 118.1 de la LDCG establece que el usufructo voluntario de viudedad podrá constituirse con carácter recíproco en «testamento mancomunado, en capitulaciones matrimoniales o en cualquier otra escritura pública».* Se dirá que el testamento mancomunado es una de esas escrituras públicas en las que cabe formalizar el usufructo viudal universal. Sin embargo, esta previsión se realiza sólo para el caso en que el usufructo viudal se constituya con carácter recíproco, pues, en otro caso, cabe constituirlo en cualquier tipo de testamento. De esta manera aquella previsión no aporta nada nuevo, pues el testamento mancomunado es el único negocio jurídico con eficacia *mortis causa* en el que caben las disposiciones recíprocas, sin que ello signifi-

(4) En este sentido, PÉREZ ALVAREZ, M. A., *Manual de Derecho Civil gallego* (AA.VV.), *op. cit.*, pág. 231.

que se trate de disposiciones correspectivas o recíprocamente condicionadas (5).

- d) *La legislación comparada.* El argumento derivado de la constatación de que en los Ordenamientos jurídicos comparados y en los demás Derechos civiles territoriales españoles en los que se admite el testamento mancomunado la forma notarial es la forma natural o habitual en la que se prevé que se formalice este tipo de testamento, parte de la constatación de datos que no son ciertos como se pone de manifiesto al justificar la posibilidad de testar mancomunadamente bajo cualquier forma admisible. En todo caso, conviene advertir que, *v.gr.*, el legislador aragonés exige que la revocación unilateral del testamento mancomunado en vida del otro cotestador se haga en testamento abierto ante Notario (art. 106.4 de la LSCMA) —en este aspecto no presenta diferencias con la legislación gallega—, aun cuando admite expresamente la libertad de testar mancomunadamente en cualesquiera de las formas en las que se puede testar unilateralmente (art. 94 de la LSCMA) de acuerdo con la regulación del Código Civil aplicable supletoriamente en Aragón, con lo que el legislador aragonés de 1999 ha venido a salir al paso de las dudas que, bajo la vigencia de la regulación derogada, suscitaba la compatibilidad del testamento mancomunado con el testamento ológrafo, militar, marítimo y el hecho en peligro de muerte o en tiempo de epidemia (6).
- e) Por último, esgrimen estos autores un *argumento de naturaleza metajurídica*: la forma notarial abierta es la única que permite al Notario prestar un asesoramiento jurídico especializado a los testadores, lo que resulta especialmente conveniente en el caso del testamento mancomunado dado el régimen jurídico peculiar que presenta, fundamentalmente en relación con su revocación (7). Pues bien, además de que se trata de un argumento que, en su caso podría llegar a tener

(5) En este último sentido, GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario al artículo 118 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1997, pág. 804 (nota núm. 44).

(6) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 94 de la LSCMA», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXIV, vol. 1.º (arts. 1 a 148 de la LSCMA), EDESA, Madrid, 2002, pág. 666.

(7) Por esta razón DELGADO, en relación con el Derecho Civil aragonés, después de advertir que el testamento mancomunado puede hacerse en cualquiera de las formas admitidas por el Derecho, señalaba que *lo normal y recomendable* será otorgar testamento notarial abierto —DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El Derecho aragonés (Aportación jurídica a una conciencia regional)*, Alcrudo Editor, Zaragoza, 1977, págs. 139 y 140—.

en cuenta el legislador para regular la forma del testamento mancomunado de una u otra manera pero que no es posible tener en cuenta a la hora de interpretar el Derecho *dado*, no alcanzo a encontrar los motivos por los que se dice que el testamento mancomunado reviste especiales complicaciones técnico-jurídicas que exijan el asesoramiento técnico: ¿Acaso es más complicado que el sistema legitimario? ¿Acaso quienes pretendan testar mancomunadamente —del mismo modo que cuando pretenden revocar un testamento ya otorgado— utilizando el testamento cerrado o el ológrafo no pueden acudir a un especialista en Derecho —un abogado— que les aconseje o les resuelva las dudas que puedan plantearseles? ¿Acaso no se dice que la complicación se deriva del régimen de revocación y para revocar no se exige expresamente la forma notarial?

Puesto que los argumentos esgrimidos por las razones expuestas con ocasión del enunciado de cada uno de ellos, no nos han convencido, nos sumamos al sector doctrinal, hasta la fecha indudablemente minoritario, que entiende que el testamento mancomunado en el Derecho Civil propio de Galicia puede formalizarse en cualquiera de las formas testamentarias admitidas en el Derecho Civil territorial común (8). En efecto, la LDCG no exige expresamente, en ninguno de sus preceptos, que el testamento mancomunado revista la forma abierta notarial. Este argumento que, por sí sólo podría resultar discutible, alcanza una renovada virtualidad en el momento en el que se constata que el artículo 139.2 de la LDCG exige expresamente la forma abierta notarial para la revocación, frente al silencio del legislador en

(8) Hemos constatado que preconizan este parecer, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 136 de la LDCG (El testamento abierto notarial)», en *Derecho de sucesiones de Galicia (Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995)*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pág. 117; ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», en *RXG*, núm. 14, 1996, pág. 25; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, Ed. Publicacións do Seminario de Estudos Galegos, A Coruña, 1997, págs. 264 y 267. Yo mismo he mantenido este parecer en «La sucesión testada...», *La Ley de Dereito Civil de Galicia: Balance de un lustro y análisis de su revisión* (RODRÍGUEZ MONTERO, Coord.), Ed. Seminario de Estudos Galegos, A Coruña, 2002, págs. 153 y sigs.

A nuestros fundamentos podían unirse las consideraciones en su día realizadas por CUADRADO, poniendo de manifiesto la incongruencia del legislador estatal cuando en la Ley de 24 de diciembre de 1981 permitió, en orden a mantener indivisas las explotaciones familiares agrarias, testar mancomunadamente en *forma abierta* a los cónyuges, al no llegar a comprender los argumentos que pueden justificar tal restricción, poniendo, en concreto de manifiesto, que el asesoramiento que el notario o los testigos pudiesen prestar a los testadores es tan necesario en los testamentos unipersonales como en los mancomunados (vid. CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1982», en *RDP*, diciembre de 1983, págs. 1106 y 1107).

relación con el otorgamiento. Difícilmente, aunque dada la no precisamente impecable técnica legislativa de la LDCG es posible, puede pensarse que se trata de un olvido del legislador y ello fundamentalmente porque en los proyectos prelegislativos presentados al Parlamento de Galicia a lo largo del año 1991 se exigía, en ambos, expresamente la forma notarial abierta. En consecuencia, el testamento mancomunado puede revestir la forma del testamento cerrado y del testamento ológrafo. En el primer caso, se exigirán los requisitos de escritura y suscripción, así como las formalidades propias del otorgamiento de este tipo de testamento, requiriéndose la intervención conjunta de los dos otorgantes (en el caso gallego, de los dos cónyuges). El plazo de diez días que contempla el artículo 712 del Código Civil para que el Notario, o la persona que tenga en su poder, presente ante el Juez competente el testamento cerrado, se computan respecto de la fecha de fallecimiento de cada uno de los cootorgantes, momento hasta el cual —hasta el fallecimiento de alguno de los cootorgantes— podrán pedir —ambos, ya sea por sí o por medio de representante (arts. 218 y 226 del RNot.)— la retirada del testamento depositado (9). Si el testamento mancomunado reviste la forma ológrafa será necesario que el segundo testador —el que no haya redactado el testamento de su puño y letra— declare también por escrito, de su puño y letra, antes de la firma de ambos, que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo. A la muerte del primer testador, el testamento mancomunado ológrafo se adverará y protocolizará con la presencia del testador superviviente (así se prevé expresamente en el art. 96.2 de la LSCMA). El testamento mancomunado ológrafo se acepta expresamente en Aragón —arts. 94 y sigs. de la LSCMA, si bien ya bajo la vigencia del Apéndice de Derecho Civil de 1925, la STS de 14 de febrero de 1969 [RJ 1969/844] reconoció la validez de un testamento mancomunado en forma ológrafa en el que la autografía provenía sólo del marido, limitándose la esposa a manifestar, también de su puño y letra, su adhesión a las disposiciones de última voluntad redactadas por aquél (por esta razón la SAT de Zaragoza, de 30 de noviembre de 1967, casada

(9) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario de los artículos 95 y 103 de la LSCMA», *op. cit.*, págs. 676-677 y 725, respectivamente. El artículo 226 del RNot. precisa que «en vida del otorgante, sólo éste o su apoderado especial podrán obtener copia del testamento», y en su artículo 237, al regular la expedición de copias parciales, especifica que en ellas «se omitirá cuanto no interese al peticionario» y, específicamente cuando se trate de un testamento mancomunado, «cuanto sea disposición especial del otorgante que sobreviva». Norma similar se contiene en el artículo 103 de la LSCMA, a imagen y semejanza del § 2273 BGB («1. Con la apertura del testamento mancomunado las disposiciones del cónyuge supérstite, en tanto puedan distinguirse, jamás han de notificarse ni de otra forma ponerse en conocimiento de los interesados. 2. De las disposiciones del cónyuge premuerto ha de hacerse copia auténtica. El testamento habrá de cerrarse de nuevo y volverse a poner en especial custodia oficial»).

por aquella STS, rechazó la validez del testamento en cuestión), al advertir que el artículo 17 del mencionado Apéndice no limitaba en modo alguno la forma de otorgamiento del testamento mancomunado y que el principio general y básico que sustenta todo el Derecho de Aragón es la primacía total de la voluntad de los otorgantes— (10) y en el BGB —§ 2267—, si bien se proscribió en la Ley 199 de la CDCFN y en el pf. 2.º del artículo 49 de la LDCFPV, de manera que queda así desvirtuado el argumento esgrimido por el sector doctrinal por nosotros criticado en orden a admitir únicamente la forma abierta notarial.

I.2. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES

I.2.A. *Precisiones previas. La adecuación constitucional de la norma de acuerdo con la doctrina del TC*

La primera precisión que ha de realizarse respecto del contenido del pf. 2.º del artículo 136 de la LDCG es que en el mismo se contiene una regulación específica de la intervención de los llamados testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos abiertos notariales en Galicia, de manera que las normas que han de regir la presencia e intervención de los testigos de conocimiento son las previstas en el Código Civil (arts. 685 y 698.1.º, para el caso del testamento abierto notarial). La segunda consideración que suscita el contenido de este párrafo es la atinente a la propia adecuación constitucional del mismo desde la perspectiva del reparto constitucional de competencias legislativas entre el Estado y las CCAA que se deriva, en esta materia, de lo prevenido en el artículo 149.1.8.ª de la CE y, en concreto, de la reserva en exclusiva al Estado, que en este precepto se hace, de la competencia legislativa sobre *la ordenación de los instrumentos públicos*. Este juicio de constitucionalidad ha de realizarse, como no puede ser de otra manera, a la luz de la doctrina del TC. Pues bien, el TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto similar en su conocida sentencia 156/1993, de 6 de mayo, que constituye, junto con la precedente 88/1993,

(10) En relación con esta STS, en su día, LACRUZ había puesto de manifiesto que el citado artículo 17 del Apéndice aragonés, prácticamente una copia literal de la Observancia 1.ª «*De testamentis*» no estaba redactado pensando en el testamento mancomunado ológrafo, desconocido en el Derecho tradicional aragonés, sino que únicamente se preveían algunas distinciones en las formas de manifestar la voluntad ambos cónyuges que incidían en la posterior revocabilidad del testamento otorgado (LACRUZ BERDEJO, J. L., «Jurisprudencia comentada. Un dictamen y dos sentencias», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 1969, pág. 1653). Sobre las cuestiones expuestas y la regulación aragonesa vigente, vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 96 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 678.

de 12 de marzo, las dos sentencias más relevantes en la interpretación de aquel precepto constitucional. La STC 156/1993, de 6 de mayo, resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra el TR de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre), en el que se daba nueva redacción al pf. 1.º de su artículo 2 y al artículo 52, que es el que en este momento nos interesa, en tanto que en él se regulaba la presencia de testigos en los testamentos otorgados ante Notario. El TC sancionó la adecuación constitucional de este último precepto. A juicio del TC, no es aceptable un entendimiento tan lato de la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los instrumentos públicos que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que puedan o deban formalizarse mediante instrumento de aquella naturaleza. Realizada esta advertencia previa de carácter general, el TC entra en el fondo del asunto afirmando que la regulación de la intervención de los testigos en los testamentos notariales forma parte de la legislación civil testamentaria y no de la legislación notarial. Esta localización sistemática de la regulación de esta materia ha de tenerse especialmente en cuenta a la hora de identificar el ámbito de la categoría jurídica a que hace referencia el artículo 149.1.8.^a de la CE (*ordenación de los instrumentos públicos*). En este sentido resulta relevante, a juicio del TC, que el pf. 2.º del artículo 143 del RN remita a la *legislación civil* para todo lo relativo a la forma, requisitos o solemnidades de los testamentos y de los actos de última voluntad, siendo meramente supletoria la legislación notarial en estos ámbitos. Por su parte, el artículo 180 del RN determina que la regla general sea la no exigencia de testigos instrumentales en la autorización de las escrituras públicas, salvo en las excepciones previstas en la misma norma, entre las que se incluye (pf. 1.º) el caso de los testamentos, *que se regirán por lo establecido en la legislación civil*. Esta integración de la regulación de la intervención de testigos en el otorgamiento de los testamentos notariales en la legislación civil resulta corroborada por el parecer doctrinal generalizado asentado en la consideración de que su intervención constituye una solemnidad o formalidad propia del testamento, sin que estos testigos instrumentales realicen función *notarial* alguna. El hecho de que la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, haya modificado el artículo 697 del Código Civil en el sentido de no imponer la presencia de testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos notariales es significativo de que la presencia testifical en el acto de testar ante Notario es sólo un requisito de ciertos testamentos y no un requisito o condición que imponga una formalidad inherente a la incorporación del testamento a un instrumento público. Sin perjuicio de que no todos y cada uno de los contenidos de la legislación notarial hayan de considerarse incluidos en la reserva competencial del Estado, el TC concluye que en la tradición jurídica

española y en el Derecho vigente la regulación de la presencia de testigos en el acto de otorgar testamento notarial no forma parte de la legislación notarial y, por lo tanto, su regulación no es ordenación de los instrumentos públicos.

Como segundo argumento en que se apoyaba el recurso de inconstitucionalidad sobre el precitado artículo 52 reformado de la Compilación balear, se cuestionaba si la competencia de *desarrollo* del Derecho Civil propio daba cobertura jurídica a la regulación en él realizada. Partiendo del dato cierto de que la Compilación balear, en el momento de entrada en vigor de la CE, no contenía regulación alguna acerca de la intervención de testigos en los testamentos notariales [y en esto el supuesto resuelto por el TC también es similar al gallego, que nos preocupa en estos momentos, pues sabido es que la Compilación de 1963 no contenía norma alguna sobre tipos ni formalidades testamentarias, si bien regulaba alguna institución propia de la sucesión testamentaria: el derecho de labrar y poseer (arts. 84 a 87)], el TC precisa, frente al parecer del Abogado del Estado, que las competencias autonómicas para *desarrollar* el propio Derecho Civil pueden dar lugar a su actualización y a su crecimiento orgánico y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de las Compilaciones, guarden una relación de conexión suficiente con institutos que ya contasen con una disciplina propia en aquéllas o en otras normas integrantes del Derecho propio de la CA de que se trate. Así, la existencia de regulación sobre determinados aspectos de la sucesión testada en el Derecho balear constituye, a juicio del TC, una materia sobre la que asentar la conexión necesaria y suficiente de la regulación de la presencia de testigos en el otorgamiento de los testamentos notariales.

La argumentación de esta STC ha sido objeto de fundadas críticas realizadas por BERCOVITZ y por MARÍN LÓPEZ. Estos autores ponen de manifiesto que no es cierta la distinción que hace el TC entre *legislación notarial y civil* y ello porque se olvida de que la legislación notarial es también civil en lo que se refiere a la ordenación de los instrumentos públicos (11). Si se siguiese la argumentación del TC habría que considerar que la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los instrumentos públicos lo es con la excepción de que ésta se corresponda con la legislación civil, lo que no concuerda con la excepción absoluta que introduce el segundo inciso del artículo 149.1.8.^a de la CE. Por otra parte, la concurrencia de testigos en el otorgamiento de testamentos notariales —que son instrumentos públicos—

(11) Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, págs. 79 y sigs.; MARÍN LÓPEZ, J. J., «La ordenación de los registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 184 y sigs.

cumple tradicionalmente una función de garantía que se persigue con el establecimiento de la forma notarial esencial. Constituye un requisito de forma esencial sin el cual el testamento notarial, como instrumento público, es nulo. No es cierto, a su juicio, que la formalidad sea propia del testamento y no de su otorgamiento notarial, pues aunque esta es una distinción que se puede hacer en los negocios jurídicos para los que se exigen requisitos de forma esenciales, para desmentirla en este caso basta con traer a colación la posibilidad de los testamentos ológrafos, cuyo otorgamiento no requiere la presencia de testigo alguno. Por otra parte, la Disposición Derogatoria de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, deroga el artículo 2 de la Ley de 1 de abril de 1939, *sobre intervención de testigos en la autorización de las escrituras públicas* (BOE, núm. 97, de 7 de abril), que es una ley típicamente notarial, como resulta tanto de su Exposición de Motivos, como de su articulado, ocupándose expresamente de la regulación de la intervención de los testigos en los testamentos, concretamente en el precitado artículo 2 derogado en 1991. Por último, el artículo 1.216 del Código Civil, al definir los documentos públicos como *los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*, lo hace sin realizar excepción alguna, de manera que queda incluida, en su caso, la solemnidad de los testigos.

I.2.B. *Supuestos en los que la presencia de testigos instrumentales es preceptiva*

La regulación de la presencia de testigos instrumentales, con independencia de que puedan serlo también de conocimiento —de acuerdo, en este caso, con la normación del Código Civil—, en el otorgamiento de testamentos abiertos notariales contenida en el pf. 2.º del artículo 136 de la LDCG es similar a la que, tras la reforma de la que han sido objeto los artículos 697 a 699 del Código Civil por la Ley 30/1991, que ha supuesto la flexibilización de este requisito (12), se contiene en el primero estos preceptos. De acuerdo con lo prevenido en la LDCG, sólo será necesaria la presencia de testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos abiertos notariales en los siguientes casos:

- a) *Cuando lo solicite el notario o el propio testador*. La previsión es idéntica a la que se contempla en el número 3.º del artículo 697 del Código Civil, respecto del que la previsión gallega nada cambia ni

(12) Sobre la misma, vid. ALBALADEJO, M., «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *RDP*, 1992, págs. 615 y sigs.

aporta. Únicamente procede recordar que la solicitud de presencia es plenamente voluntaria, pero una vez que se formula es obligatoria para la no solicitante, de manera que si es el notario el que solicita la presencia de testigos instrumentales en el caso de que el testador se niegue a su presencia, el notario puede negarse a su vez a autorizar el testamento. Los testigos propuestos habrán de reunir los requisitos de idoneidad previstos con carácter general, de los que más adelante nos ocuparemos, produciéndose, en caso de no concurrir, las mismas consecuencias previstas con carácter general.

- b) *Cuando el testador sea ciego.* Interpretando el mismo supuesto en el Derecho Civil territorial común, la jurisprudencia ha considerado que han de asimilarse al supuesto de ceguera total aquellos casos en los que exista una lesión o defecto visual de tal magnitud que impida al testador la lectura y estampar su firma en el documento en condiciones de las que se deriven que no pueden plantearse dudas acerca de su autenticidad (STS de 12 de abril de 1973 [RJ 1973/2284]).
- c) *Cuando el testador no sepa o no pueda leer o escribir.* En este supuesto sí se pueden apreciar diferencias con la regulación prevista en el artículo 697 del Código Civil, pues en éste se alude al testador que *declare que no puede firmar el testamento* (la declaración falsa conllevará la nulidad del testamento; SSTs de 10 de noviembre de 1973 [RJ 1973/4163] y de 16 de junio de 1997 [RJ 1997/5411]) o que *no sabe o no puede leerlo por sí* (núms. 1.º y 2.º, respectivamente). Frente a la previsión del Código Civil que se asienta en una declaración del propio testador, en la LDCG se acoge una circunstancia de naturaleza objetiva, de manera que habrá de ser el notario quien haya de asegurarse de si el testador sabe o no sabe leer o escribir. Ha de hacerse notar que la LDCG exige que el testador sepa leer y escribir, de manera que no basta con que el testador sepa firmar (el notario habrá de asegurarse de que el testador no se limita a «pintar» la firma) (13).
- d) *Cuando el testador sea un demente en intervalo lúcido.* La previsión incluye tanto al testador que ha sido incapacitado —judicialmente— como al que es incapaz natural (14). Esta interpretación resulta acorde con la exigencia de que el testador se halle en su *cabal juicio* en orden a reunir los requisitos de capacidad para disponer de sus bienes *mortis causa*, de acuerdo con la previsión contenida en el artícu-

(13) Vid. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 99.

(14) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «El testamento abierto notarial», *op. cit.*, pág. 120.

lo 663 del Código Civil. La apreciación de esta circunstancia que la jurisprudencia considera que se reúne cuando el testador presenta *un horizonte mental corriente* (entre otras, SSTs de 25 de septiembre de 1959 [RJ 1959/1924] y de 27 de noviembre de 1995 [RJ 1995/8717]) ha de referirse al momento temporal en que se otorga el testamento (STS de 18 de marzo de 1988 [RJ 1988/10355]). En el caso de que se trate de un testador incapacitado, aunque en la sentencia de incapacitación se le prive expresamente de la capacidad para testar, podrá otorgar testamento notarial abierto con los requisitos especiales que el Código Civil exige para los testamentos notariales abiertos en intervalo lúcido, mientras que para testar en alguna de las otras formas sí habrá de estarse a lo que en la aquella sentencia expresamente se disponga. Esta interpretación, aunque cuenta con detractores en la doctrina, ha sido acogida por la STS de 20 de mayo de 1994 [RJ 1994/3723] y, entre los autores, cada vez son más sus valedores (15). De acuerdo con esta tesis, la previsión expresa contenida en la sentencia de incapacitación en la que se prevea la falta de capacidad para testar habrá de ser interpretada e integrada con las previsiones normativas contenidas, entre otros, en el artículo 662 del Código Civil, en el que se consagra la regla general de la capacidad para testar de toda persona a la que la ley no se lo prohíba expresamente —y la prohibición expresa sólo recae sobre los menores de catorce años y sobre los que no se hallen en su cabal juicio (art. 663 del Código Civil)— y en el artículo 665 del Código Civil en relación con los requisitos especiales del testamento otorgado en intervalos lúcidos. En todo caso, cuando se trate de un testador en intervalo lúcido, habrán de concurrir conjuntamente al acto de otorgamiento del testamento los testigos instrumentales —en su caso los de conocimiento, que podrán coincidir con aquéllos— y los dos facultativos designados por el notario que hayan procedido al reconocimiento del testador incapacitado (art. 698 del Código Civil). Pero, en el caso del testamento en intervalo lúcido, ha de tenerse en cuenta

(15) Entre estos, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V (*Derecho de sucesiones*), Ed. Bosch, Barcelona, 1993 (5.ª edic.), pág. 176; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil*, Ed. Bercal, S. A., Madrid, 1998, pág. 72; GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO, M., «Comentario a la STS de 20 de mayo de 1994», en *CCJC*, núm. 36, 1994; ALVAREZ LATA, N., *LEA. Derecho de sucesiones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000 (actualizaciones cuatrimestrales). Entre aquéllos, ROCA I TRÍAS, E., «Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *Comentarios a las reformas del Código Civil* (R. Bercovitz, coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 950, donde señala que el pronunciamiento expreso en la sentencia de incapacitación sobre la no capacidad para testar evita la operatividad del artículo 665 del Código Civil.

que tampoco la apreciación de capacidad que realiza el propio notario (*ex arts. 685 y 696 del Código Civil*), de acuerdo con los dictámenes técnicos de los profesionales de la medicina que le asistan, produce un efecto superior a la mera creación de una presunción de capacidad, que se mantendrá sólo en tanto en cuanto no sea destruida por prueba en contrario y, por lo tanto, no impide que, en su caso, pueda prosperar la impugnación judicial de tal testamento (STS de 19 de septiembre de 1998 [RJ 1998/6399]) (16).

La enumeración que precede agota el elenco de supuestos en los que, de conformidad con el pf. 2.º del artículo 136 del Código Civil, es necesaria la presencia de testigos instrumentales. Echará de menos el lector, posiblemente avezado conocedor del Derecho de sucesiones territorial común, el caso del testador que sea *enteramente sordo*, que no sepa o no pueda leer. En este caso, sabemos que en el pf. 2.º del artículo 697.2.º del Código Civil se exige la lectura del testamento por los testigos en presencia del notario, debiendo declarar que el texto del mismo coincide con la voluntad manifestada por el testador. Pues bien, si el testador no puede o no sabe leer o escribir, con independencia de que sea o no sordo, se requiere la presencia de testigos instrumentales. Si sabe y puede leer y escribir, con independencia de que sea sordo o no, no es preceptiva la presencia de tales testigos y ello porque puede efectuar la lectura personalmente y expresar su conformidad o disconformidad con el texto del testamento. La duda surge en relación con la aplicabilidad en Galicia del requisito de la doble lectura por los testigos instrumentales en el caso del testador sordo que no sepa o no pueda leer o escribir, manifestándose a favor de su exigencia los autores provenientes del notariado (17). A favor de la integración del Derecho Civil propio de Galicia con esta previsión del Código Civil, podría decirse que se trata de una

(16) La STS de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6399) resuelve la impugnación judicial del testamento notarial otorgado por el conocido pintor Benjamín Palencia en el que instituía heredera a la futura «Fundación Benjamín Palencia», dando instrucciones muy detalladas a las personas designadas para constituirla. El notario se había aconsejado del testimonio de tres prestigiosos psiquiatras, pues el otorgante se encontraba aquejado de una demencia arteriosclerótica consecutiva sin posibilidad de recuperación. El TS aprecia que el estado mental del testador no le permitía comprender la complejidad del testamento otorgado, precisando que la actividad notarial en el otorgamiento ha de moverse siempre en el marco de la libertad testamentaria, en el ámbito del asesoramiento en orden a corregir errores o defectos del testamento, pero no puede sustituir o suplir la voluntad del causante. El TS establece una conexión directa entre la capacidad y el grado de dificultad de las disposiciones testamentarias, en atención a la que se destruye la presunción de capacidad testamentaria, confirmando la nulidad del testamento por incapacidad mental del otorgante *ex artículo 663.2 del Código Civil*.

(17) Así, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «El testamento abierto notarial», *op. cit.*, pág. 120.

exigencia relativa al acto de otorgamiento y no en relación con la exigencia de la presencia de testigos pues, tratándose de un testador que no sabe o no puede leer o escribir, habrán de comparecer necesariamente, de manera que como en Galicia no existe regulación sobre la forma en que ha de procederse al otorgamiento del testamento, procede aplicar las del Código Civil. Distinta sería la solución si entendemos que se trata de una regla en relación con los testigos instrumentales, pues habiendo regulación específica sobre este extremo, no procede su integración con las normas del Código Civil.

En el caso de que el testamento que pretenda otorgarse sea mancomunado, los presupuestos que imponen la presencia en el acto de otorgamiento de testigos instrumentales habrá de apreciarse si concurren o no en relación con cada uno de los cotestadores y, de igual manera, cualquiera de estos puede solicitar su presencia al amparo de lo prevenido en la letra a) del pf. 2.º del artículo 136 de la LDCG (18).

1.2.C. *Los requisitos de capacidad de los testigos instrumentales*

El pf. 3.º del artículo 136 de la LDCG prescribe que en los supuestos en que es preceptiva la intervención de los testigos instrumentales, éstos habrán de reunir únicamente como requisito estar dotados de *plena capacidad jurídica*. Evidentemente la expresión adolece de una evidente incorrección técnica (19), si es que con ella el legislador gallego ha querido expresar algún requisito especial de idoneidad, pues sabido es que todos los nacidos que reúnan los requisitos del artículo 29 del Código Civil y las personas jurídicas debidamente constituidas (art. 35.1.º, pf. 2.º del Código Civil), están dotados de capacidad jurídica plena —o personalidad— entendida como aptitud general para ser centro de imputación de relaciones jurídicas, patrimoniales o no. Acaso el legislador, éste parece que poco avezado en el conocimiento de la dogmática civil, haya querido referirse a la capacidad de obrar plena; pero esto, amén de ser pura conjetura del autor —y de otros autores—, permitiría ser testigos instrumentales del otorgamiento de testamentos abiertos notariales a sujetos que objetivamente parecen inhábiles

(18) Así lo entendía también, para el supuesto de testamento mancomunado previsto en el artículo 22 de la ya derogada Ley 49/1981, 24 de diciembre, CUADRADO (vid. CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1982», *op. cit.*, pág. 1104).

(19) Así lo han entendido los miembros de la *Comisión Superior para o Estudio e Desenvolvemento do Dereito Galego* y de manera consonante con la reflexión en este sentido que hacen en la memoria justificativa que precede al texto articulado presentado el 28 de julio de 2001, en el artículo 185 de éste se exige que, en los casos en que sea necesaria su presencia, los testigos, que serán, por lo menos, dos, *habrán de tener plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar*.

para realizar esta función. Es cierto que ésta podría ser la decisión del legislador, pero también lo es que ninguno de los antecedentes de la ley ni ningún dato que resulte de su tramitación parlamentaria nos conducen a pensar que estos hayan sido sus designios. Es por ello que parece razonable que se apliquen a los testigos instrumentales que nos ocupan las causas de inhabilidad previstas en los artículos 681 y 682 del Código Civil, incluida la relativa a la inhabilidad de los sujetos que resulten beneficiados, en concepto de herederos o de legatarios —excepción hecha de los legatarios de bienes de escasa entidad económica, teniendo en cuenta el caudal hereditario— (pf. 2.º del art. 754 del Código Civil), por el testamento otorgado, así como a sus cónyuges y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (20).

I.2.D. *El número de los testigos instrumentales*

Siguiendo en este aspecto, tanto la propuesta de la «Comisión non permanente de Dereito civil galego», como la elevada al Parlamento por el *Consello da Cultura Galega* en 1991, pues ambas coincidían en esta previsión, el último inciso del pf. 3.º del artículo 136 de la LDCG prescribe que, cuando sean preceptivos, los testigos instrumentales *habrán de ser dos al menos*. Resulta claro, por lo tanto, que en todo caso habrán de ser dos como mínimo, pero pueden ser más y el testador o testadores o el notario, dependiendo de cuál de ellos dos los haya propuesto, habrán de aceptar la presencia e intervención de ese mayor número de testigos. Se ha dicho que los requisitos de idoneidad, de los que inmediatamente antes nos hemos ocupado, habrán de concurrir en todos ellos, so pena de nulidad. Sin embargo, siendo dos el mínimo imperativamente exigido, parece razonable pensar que si dos de los testigos instrumentales que concurren al otorgamiento no incurrir en ninguna causa de inhabilidad, aunque concurren otros que incurran en alguna de estas causas, ello no vicia de nulidad el testamento abierto otorgado, pues los requisitos mínimos exigidos por la LDCG se cumplen y el resto puede considerarse *ex abundantia* (21).

(20) Sobre la posibilidad de aplicar la sanción de nulidad parcial en el caso de testamento notarial abierto otorgado con testigo inidóneo por resultar éste instituido en el testamento; vid. ALBALADEJO, M., «Nulidad de la disposición y nulidad del testamento, cuando el instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos», en *RDP*, 1967, págs. 615 y sigs.; así como la STS de 4 de mayo de 1966 [RJ 1966/2290].

(21) De parecer contrario es LETE (vid. LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 136 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1014).

II. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO

II.1. PRELIMINARES: LA PROHIBICIÓN DEL TESTAR MANCOMUNADAMENTE EN EL CÓDIGO CIVIL

Aunque la cuestión dista mucho de ser pacífica en la doctrina, existen fundados argumentos que nos inducen a pensar que el Derecho Común, vigente en España a través de *Las Partidas* en el momento de promulgarse el Código Civil, admitía la validez del testamento mancomunado. El primero de estos argumentos es el constituido por el contenido de la DT 2.^a del Código Civil —como es sabido, las DDTT del Código Civil fueron introducidas en su segunda edición, justificándose su introducción en la Exposición de Motivos publicada por Real Orden de 29 de julio de 1889—, pues en ella, después de establecer como regla general que *los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma*, especifica expresamente que, *en su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados (...) que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código*. En la precitada Exposición de Motivos publicada por la RO de 29 de julio de 1889, en el mismo sentido, como no podía ser de otra manera, se aclara que *los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, que fueran válidos según ella, deben serlo también después de promulgado el Código (...), estén o no otorgados en forma autorizada después. Por eso serán válidos, aunque el Código no los permite, siempre que procedan del tiempo en que regían las leyes que los autorizaban, los testamentos mancomunados, precisándose que lo que no podrá hacerse es alterarlos ni modificarlos en manera alguna después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo*. Parece, pues, que el codificador español de finales del siglo XIX parte de una realidad normativa que admitía el testamento mancomunado (Ley 9, Título 6 del Libro III del Fuero Real) y por ello dota expresamente de efectos a los otorgados bajo esta legislación derogada como consecuencia de la entrada en vigor del Código Civil, aun cuando en éste se prohíban expresamente. El segundo argumento que puede aportarse en este mismo sentido es el constituido por el resultado del examen de las obras de los autores de la época precodificadora. Quizá el más reconocido entre todos ellos sea B. GUTIÉRREZ. Este autor, en el T. III de sus *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, publicado en 1863, aludía al llamado *testamento mútuo* en los siguientes términos:

«Algo hay de particular en este testamento que nos autoriza para contarle entre los especiales. Aunque recibe el nombre gené-

rico de testamento de hermandad, se le llama conjunto cuando dos personas en el mismo acto disponen simultáneamente a favor de un tercero; y es mútuo, si disponen mutuamente uno a favor de otro.

Algunos pretenden encontrar vestigios de esta forma testamentaria en la ley 9.^a, tít. VI, lib. III del Fuero Real, cuyo epígrafe es que marido y mujer pueden hacer hermandad. La ley, sin embargo, lo que dispone es que marido y mujer, pasado el año y no teniendo hijos ú otros herederos, pueden hacer hermandad de bienes; no les autoriza para verificarla en un acto otorgado de mancomun; su introducción ha sido mas bien obra exclusiva de la práctica.

En pocas palabras vamos á esponer las cuestiones á que ha dado lugar este testamento. Se ha preguntado si exige doble solemnidad de testigos; parece persuadirlo así el que realmente son dos las disposiciones, pero por otra parte el acto no es mas que uno: las solemnidades miran mas á la forma que á la esencia de la disposicion. Salon de Paz, que trata la materia con bastante latitud en la ley 3.^a, Tor. 6.^a, conclusión, núms. 1218 y siguientes, prueba que es válido el testamento sin mas solemnidad que la establecida para todos por la ley recopilada.

Todavía es más grave la cuestión sobre su revocabilidad: el testamento no puede revestir nunca la forma del contrato, ser como él, producir sus mismos compromisos: para que sea válido al mismo tiempo que la ley declara nulo el pacto sucesorio, ha sido preciso aceptar el principio, partir del supuesto de su revocabilidad, así en vida de los testadores, como despues de la muerte de uno de ellos. Nadie ha puesto en duda ese derecho en el primer caso, si bien ha de entenderse con la limitación de que el que desee separarse no oculte su voluntad al otro. El mismo derecho no parece tan claro en el segundo: ¿cómo se revoca un testamento cuando ha sido confirmado por muerte de uno de los cónyuges? Este argumento es sério, pero no incontestable: los que de esa manera arguyen, pecan contra la lógica, haciendo, según dirian los dialécticos, de la dificultad supuesto. ¿En qué sentido se dice que la muerte de uno de los testadores confirma el testamento? ¿qué razon hay para que el sobreviviente no use libremente y como quiera de su voluntad? Res quidem promiscua est et causa communis: nam et poterat prius superveniens mori quam defunctus, et tunc defunctus ejusdem esset conditionis (Salon de Paz, núm. 1226). Si alterando su disposición causase injuria al difunto, no seria suya la culpa sino de este en no haber previsto que todo testamento es revocable: potius defunctus se ipsum circumvenit, revocabile

eses testamentum non perpendens, qui sibi ipsi prospicere debuit
(Núm. 1218)» (22).

El tercer argumento que puede aportarse en orden a fundar la afirmación sostenida y que resulta decisivo, si es que no se quisieran considerar así los dos anteriores, proviene de la toma en consideración de la jurisprudencia del TS emanada con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil. Así, en la sentencia de 21 de mayo de 1860 se declara que: «*no hay ley ni doctrina admitida por los tribunales que sancione el principio de irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomun, que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando contienen pacto ó convenio que la establezca*». Expresamente afirma la viabilidad del testamento mancomunado la sentencia de 26 de marzo de 1861, al pronunciarse en los siguientes términos: «*Que el testamento otorgado de mancomun, y la institucion recíproca de herederos que hagan los testadores á su favor, no es el pacto sucesorio prohibido por la ley 33, tít. XI, Partida 5.^a*».

Pese a la posibilidad de la institución de acuerdo con el Derecho vigente en España en la época anterior al Código Civil y su utilización en la práctica, lo cierto es que entre los autores no se respiraban vientos de favor hacia el reconocimiento de la misma. También en este sentido nos resultan ilustrativos los párrafos escritos por B. GUTIÉRREZ al respecto, que significativamente iniciaba advirtiendo que una cosa era la doctrina —la existencia del testamento mancomunado— y otra la crítica y, en este orden, manifestaba que no

(22) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, T. III, Madrid, 1863, págs. 164 y 165. La cita recogida puede considerarse suficientemente expresiva del estado de la cuestión en la época en la que se estaba fraguando la elaboración del Código Civil español, dada la indiscutible autoridad del autor. Pero, si aun así surgiesen dudas, del siguiente pasaje de la *Librería de Escribanos* compuesta por J. FEBRERO aproximadamente cuarenta años antes se deriva la misma conclusión afirmativa de la vigencia y utilización del testamento mancomunado en el Derecho español del siglo XIX: «*En el otorgamiento de todos los testamentos nuncupativos ó cerrados de marido y muger, ó de otras personas que testen separadamente ó juntas de conformidad, sean legítimos ó estraños los herederos, han de intervenir la misma solemnidad y los mismos testigos que se ha dicho, sin que por ser dos los otorgantes haya necesidad de que aquellos se dupliquen (Matienz. Ley 2, t. 4, lib. 5 Recop. glos. 6. n. fin.), y así se practica*» (FEBRERO, J., *Librería de escribanos, abogados y jueces*, Parte primera, T. 1.º, Madrid, 1825 [6.ª edic.], pág. 64 y nota «c»). Sirva para corroborar el buen tino de nuestra interpretación que así lo corroboren los autores inmediatamente posteriores al Código Civil, como es el caso de F. SÁNCHEZ-ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 1.º, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pág. 310, si bien pone de manifiesto su carácter excepcional), así como el argumento de autoridad aportado por el hecho de que se trata de un parecer compartido por ALBALADEJO (vid. ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 669 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* [dirigidos por M. Albaladejo], T. IX, vol. 1-A, EDESA, Madrid, 1990, pág. 107).

podía ser partidario de un tipo de testamento que consideraba *sin origen conocido en la historia, sin motivo razonable en la ciencia*, haciéndose eco de la prohibición del mismo en el artículo 968 del *Code Civil* y mostrando su beneplácito por el hecho de que el *Proyecto de Código Civil* español siguiese esta senda, dada la, a su juicio, incompatibilidad del testamento mancomunado bien con la buena fe —si se permite su revocación—, bien con la naturaleza de los testamentos —si no es posible revocarlo— (23). De esta animadversión hacia la categoría del testamento mancomunado participaba quien puede considerarse como uno de los juristas más influyentes en la codificación civil española, me refiero a GARCÍA GOYENA. En efecto, siguiendo a su modelo francés, en el *Proyecto de Código Civil español* de 1851, se contenía un precepto en el que expresamente se disponía: «*No pueden dos ó mas personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo o de un tercero*» (art. 557). Las razones esgrimidas por el autor del *Proyecto* en sus *motivos y comentarios* del precepto transcrito coincidían con aquéllas que hemos puesto en la pluma de B. GUTIÉRREZ. Ante la duda que se produciría en cuanto al régimen de revocación de los testamentos *de hermandad*, en el caso de que se permitiesen, pues permitir la revocación supondría violar la buena fe de la reciprocidad y declararlo irrevocable implicaría modificar la naturaleza del testamento y convertirlo en negocio de naturaleza rigurosamente contractual, considera D. FLORENCIO que *lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe o con la naturaleza de los testamentos* (resulta curioso que el mismo autor se haga eco de la forma de solventar esta aparente paradoja, trayendo a colación la forma en la que lo había hecho la Ley 41 de las Cortes de Navarra de 1766) y, a esta razón que ya conocemos, añade una ulterior que no cejarían de repetir los autores postcodificadores: *daba lugar á sugestiones y violencias* (24).

En el fondo de estos pareceres seguramente subyace la influencia del codificador napoleónico. En efecto, como ya hemos adelantado, el *Code Civil* francés de 1803, asumiendo el precedente legislativo constituido por el artículo 77 de una Ordenanza de 1735 (25), prohíbe expresamente que dos

(23) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., «Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español», T. III, *op. cit.*, pág. 165.

(24) GARCÍA GOYENA, F., «Concordancias, motivos y comentarios del artículo 557», en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852 (se ha utilizado la reimpresión de esta edición, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, págs. 300 y 301).

(25) En el precepto citado de esta Ordenanza se prohibían *los testamentos o codicilos intercambiables o hechos conjuntamente*, si bien admitía dos excepciones: las divisiones de la herencia entre los hijos y descendientes y las donaciones intercambiables por causa de muerte. El *Code Civil* conservó la regla general plasmada en esta Ordenanza pero no acogió sus excepciones. La misma promulgación de aquella Ordenanza pone de manifiesto que hasta ese momento el testamento mancomunado era viable en el

o más personas testen en un mismo acto, sea a favor de un tercero o a título de disposición mutua y recíproca (art. 968, del que el artículo 557 del *Proyecto* de 1851 es práctica traducción literal). Observando los motivos dados por los Codificadores franceses en orden a justificar la interdicción que nos ocupa, nos encontramos con que los esgrimidos por nuestros autores decimonónicos coinciden con los que aquellos exponían. En efecto, BIGOT DE PRÉAMENEU, respecto del *testament conjonctif*, consideraba que «*permitir su revocación es violar la fe en la reciprocidad; declararlo irrevocable es cambiar la naturaleza del testamento que, en este caso, no es realmente un acto de última voluntad. Es preciso prohibir una forma incompatible, sea con la buena fe, sea con la naturaleza de los testamentos*» (26). Por su parte, POTHIER, en un sentido coincidente, señalaba que el motivo de la norma prohibitiva parece residir en el fin de una mayor libertad de los testadores, de manera que no queden expuestos a las sugerencias de la persona con la que hagan testamento de forma conjunta (27). Estas críticas siguen recibiendo el favor de la doctrina francesa contemporánea (28) y también de la

Derecho francés. En efecto, DEMOLOMBE, comentando la interdicción que nos ocupa, nos informa que hasta ese momento el testamento mancomunado tenía gran aplicación práctica en las antiguas costumbres francesas y ello porque se trataba de un instrumento que permitía el mejor reparto de los bienes entre las respectivas familias del marido y de la mujer, generando entre ellos sentimientos de benevolencia constitutivos de los mejores cimientos de la familia y de la sociedad (vid. DEMOLOMBE, C., *Corso del Codice civile*, T. X (*Delle donazioni tra vivi e de' testamenti*), Napoli, 1865 [1.ª versión italiana por G. de Filippo/G. Tucci], pág. 304 [§§ 831 y 832]).

(26) FENET, T. XII, pág. 553.

(27) POTHIER, *Delle donazione testamentarie*, Cap. I, artículo 1.

(28) En efecto, en la obra de autores tan significativos como MAZEAUD y CHABAS puede leerse que la crítica realizada por BIGOT DE PRÉAMENEU a la admisión del testamento mancomunado es fundada, *dos testamentos hechos en un mismo acto se parecen a un contrato, y entonces no deben poder ser revocados mas que por el mutuus dissensus* [en efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Parlamento de París, la revocación del testamento mancomunado sólo era posible cuando estuviese precedida o acompañada de una notificación auténtica hecha al otro testador con anterioridad a su última enfermedad; de manera que el testador supérstite no podía revocar la disposición por él realizada a favor de un tercero, una vez conseguida la liberalidad del testador premuerto (DEMOLOMBE, *op. cit.*, pág. 304, § 832)] *lo que violaría el principio de la revocabilidad del testamento; por otra parte, la voluntad será menos libre si los dos testadores concurren a la confección en un mismo acto. Sin embargo, estos peligros son inherentes a todos los testamentos; no está prohibido a una persona, para captar la confianza de otra y devenir su legatario, de hacer en su favor, o a favor de un tercero designado, un testamento que revocará seguidamente en secreto; por otra parte, nada impide al legatario encontrarse al lado del testador mientras éste redacta su testamento. Pese a ello consideran los autores citados que la observación de BIGOT DE PRÉAMENEU es justa, ya que la colaboración de los dos testadores en un mismo acto es susceptible de generar en ellos, o en uno de los dos, la confianza en la irrevocabilidad. Sin embargo, a juicio de estos autores, ha de reconocerse que el daño derivado del hecho de que surja esa esperanza de irrevocabilidad es menor si se compara con los inconvenientes conside-*

Commission de réforme du Code civil, que recientemente ha propuesto el mantenimiento de la prohibición, incluso en los supuestos en los que el beneficiario de la liberalidad sea un tercero (art. 904 *av.-pr.*).

La prohibición del testamento mancomunado se plasmó en el artículo 669 del Código Civil español definitivamente promulgado, haciéndose extensiva la regla a los otorgados por españoles en un país extranjero aun cuando las leyes de este Estado lo autoricen (art. 733 del Código Civil) y completándose con la previsión de la sanción de nulidad de las disposiciones testamentarias realizadas bajo condición (art. 794 del Código Civil). En el Derecho Civil territorial común, la única excepción que ha experimentado esta prohibición, desde su entrada en vigor en 1889, ha sido la proveniente de la previsión contenida en el artículo 22 del efímero *Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes agricultores*, aprobado por la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, que permitía el testamento mancomunado en el ámbito de las explotaciones familiares agrarias, si bien hay que decir que se trató de una norma de limitada vigencia temporal (apenas catorce años) y de restringida aplicación en la práctica. Como es sabido, esta norma ha sido derogada en su integridad por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de *Modernización de las Explotaciones Agrarias* (Disposición Derogatoria única), en la que, por otra parte, no se contiene norma alguna sobre la materia que nos ocupa.

Pero si éste es el devastador panorama para el testamento mancomunado observado desde el Código napoleónico y desde el Derecho Civil territorial común codificado —al igual que sucede con los Códigos Civiles continentales que tienen aquél como modelo (es el caso, *v.gr.*, del *Codice Civile del Regno d'Italia* de 1851 [art. 761], manteniéndose la prohibición en el vigen-

rables que pueden derivarse de la interdicción, pues si ésta se ignora, de manera que dos sujetos —frecuentemente dos esposos— hacen testamento en un mismo acto para subrayar la reciprocidad de sus intenciones y para afirmar, más allá de la muerte, su mutua afección, éste estará tachado de nulidad absoluta (vid. MAZEAUD, H., L. et J./CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, T. IV, vol. 2.º, *Successions – Libéralités*, Ed. Montchrestien, París, 1999 [5.ª edic., por L. LEVENEUR/S. LEVENEUR], pág. 288 [§ 965]). Sin duda, en virtud de las razones últimamente expuestas, en la jurisprudencia francesa puede observarse una tendencia a limitar el alcance prohibitivo del artículo 968 del *Code civil*, dando al término «*acte*» contenido en este precepto el sentido de *acto jurídico* y no de *instrumento*, de manera que dos testamentos redactados en una misma hoja no incurren en aquella prohibición si cada uno de ellos forma un todo susceptible de ser considerado suficiente como testamento, sin necesidad del otro (Req. 3 de febrero de 1873, D. 1873.1.467; trib. civ. Seine, 10 abril 1936, *Gazette du Palais* 1936.2.103, *RTDciv.* 1936.895, con *observaciones* de R. SAVATIER); y rechazando el juego de la interdicción en los casos de testamentos separados pero realizados en consideración el uno del otro y conteniendo disposiciones recíprocas que funcionan a modo de causas mutuas (Civ. 25 de febrero de 1925, D. 1925.1.185, con *nota* de R. SAVATIER). De esta manera, la prohibición se limita al testamento realizado por dos sujetos en un mismo documento firmado conjuntamente.

te *Codice Civile* de 1942 [art. 589]; y del *Código Civil* portugués de 1867 [art. 1.753], manteniéndose de igual forma la interdicción en el artículo 2.181 del vigente de 1966—, aquél cambia radicalmente cuando en nuestro campo de visión se divisan los Derechos civiles territoriales que forman parte del Estado español (por referirnos sólo al Derecho vigente, son los casos de las Leyes 199 a 205 de la CDCFN; de los arts. 49 a 52 LDCFPV de 1992; de los arts. 137 a 139 de la LDCG, y de los arts. 102 a 107 de la LSCMA de 1999), así como los Códigos de raigambre germánica (§ 583 ABGB y § 2265 BGB, ambos admiten el testamento mancomunado otorgado entre cónyuges).

Suscitado el debate acerca de la inclusión de esta categoría testamentaria en la LDCG, al margen de que se trate de una necesidad sentida históricamente por los testadores gallegos (29), se han esgrimido como riesgos o inconvenientes del testamento mancomunado el hecho de que coarta la libertad de disposición *mortis causa* de los cootorgantes. Entre las razones que militan a favor de su admisión, se pueden enunciar las siguientes: 1.^a) En los legados de cosa ganancial permite aplazar la efectividad total del mismo hasta el momento del fallecimiento del último de los cónyuges testadores. 2.^a) En el ámbito de las particiones del patrimonio familiar, el testamento mancomunado permite condicionar la liquidación de la sociedad conyugal y no la de la partición; al tiempo que permite realizar una ordenación conjunta de la sucesión, *v.gr.*, posibilitando que se realice el pago de las legítimas de uno de los cootorgantes con bienes del otro (*ex art.* 158.2 de la LDCG), a cuyos efectos resulta especialmente útil la posibilidad de establecer disposiciones recíprocamente condicionadas.

II.2. CONCEPTO

El testamento mancomunado es aquél en el que en un solo otorgamiento o acto solemne de testar se contienen las declaraciones de última voluntad

(29) Así lo pone de manifiesto PAZ ARES cuando narra como en esta época, tras la entrada en vigor del Código Civil, los paisanos gallegos continuaban solicitando a los Notarios el otorgamiento conjunto del testamento mancomunado (PAZ ARES, J.-C., *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia*, prólogo del Prof. P. Fuentesea], Imprenta Núñez, Salamanca, 1964, pág. 174). Entre otros muchos estudiosos del Derecho Civil de Galicia que mostraron esta opinión durante la vigencia en Galicia de la interdicción del testamento mancomunado *ex* Código Civil, *vid.*, entre otros, ABRAIRA LÓPEZ, C., *El Derecho foral gallego (Estudio crítico de la Compilación del Derecho Civil especial de Galicia)*, Ed. Porto y Cía., Santiago de Compostela, 1970, págs. 111 a 113; MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E., «Presente e futuro do Dereito foral galego», en *Estudos do Dereito civil de Galicia*, Ed. Sept, Santiago de Compostela, 1973, pág. 47; LORENZO FILGUEIRA, V., *Realidad e hipótesis de futuro del Derecho foral de Galicia*, Ed. Ayuntamiento de Pontevedra, Vigo, 1986, págs. 74 a 76.

de dos o más personas (30). La noción así enunciada exige la concurrencia de requisitos de forma y de fondo para que pueda apreciarse que el instrumento testamentario otorgado es precisamente de naturaleza mancomunada. Entre los primeros se requiere la existencia de una pluralidad de partes u otorgantes y de un único instrumento (en caso contrario, aun cuando se contenga instituciones recíprocas, no puede hablarse de testamento mancomunado, pues cada uno de los testamentos reflejado en instrumentos diversos pueden revocarse de forma independiente) (31), firmado por todos los otor-

(30) Frente a la naturaleza de pacto sucesorio que se ha defendido por algún autor (el propio LACRUZ, sin llegar a afirmarlo con rotundidad, señala que los testamentos mancomunados que contienen disposiciones correspectivas adquieren *aspecto contractual*, lo que plantea las mayores dificultades en su régimen jurídico [LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V (*Derecho de sucesiones*), J. M.^a Bosch Ed., Barcelona, 1993 (5.^a edic.), pág. 323 (§ 58.272)]), parece que el testamento mancomunado en un negocio jurídico con exclusiva eficacia *mortis causa* —es verdadero testamento—, si bien la lealtad mutua entre los cointerponentes exige que concurren ciertos requisitos en orden a la revocación de las disposiciones en él contenidas (entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., «Aragón y su Derecho (Reflexiones ante la nueva Compilación civil)», en *RGLJ*, mayo de 1967, pág. 35; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El Derecho aragonés (Aportación jurídica a una conciencia regional)», *op. cit.*, pág. 140).

(31) En efecto, el llamado «testamento en paralelo» o «testamento simultáneo», que consiste en que ambos cónyuges concurren juntos al notario, en el mismo día y hora y ordenan su voluntad testamentaria de manera coordinada, conjunta o coincidente, pero en dos testamentos separados, no puede ser considerado como una subespecie de testamento mancomunado. En Galicia, durante la época en que, por regir el Derecho Civil territorial común, no era posible autorizar testamentos mancomunados, los cónyuges acudían frecuentemente a este expediente, tal como nos lo revelaba, a mediados del siglo XX, PAZ ARES, bajo la expresiva rúbrica: «*El testamento mancomunado de los cónyuges, disimulado como dos testamentos sucesivamente otorgados en Galicia*» (vid. PAZ ARES, J.-C., «Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, págs. 173 y sigs.). Ya vigente la LDCG, la SAP de Ourense, ante la alegación de los recurrentes fundada en la consideración como mancomunado de testamentos paralelos, señaló: «*El hecho de que el testamento de 22 de noviembre de 1973 sea de idéntica fecha y contenido que el otorgado por el esposo de doña Asunción y padre de los litigantes, permite hablar del testamento mancomunado regulado en los artículos 137 y 140 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, precepto, el último, que declara la irrevocabilidad de dichos testamentos, fallecido un cónyuge, en cuanto a las disposiciones recíprocamente condicionadas. Tal argumentación no es atendible porque: A) Se trata de una alegación nueva que implica alteración de la causa petendi; B) En la fecha en que se otorgó regía la prohibición sobre testamento mancomunado contenida en el artículo 733 del Código Civil, no siendo de aplicación la Ley de Derecho Civil de Galicia en atención a la irretroactividad de las normas, proclamada con carácter general en las disposiciones transitorias del Código Civil, de aplicación a falta de normas expresas de derecho intertemporal sobre esta materia en dicha Ley (Disp. Transit. 4.^ª); y C) En cualquier caso, el testamento mancomunado implica una unidad instrumental aquí no existente. Procede, por lo razonado, el rechazo de la pretensión que nos ocupa*» (FJ 4.^º de la SAP Ourense de 23 de octubre de 1997 [AC 1997/2165]).

Acaso sea conveniente recordar que los testamentos independientes con institución recíproca entre los otorgantes son válidos de conformidad con el Derecho Civil territorial

gantes del mismo. En efecto, aunque en el caso de que el testamento mancomunado revista forma ológrafa, puede estar escrito íntegramente y fechado por uno sólo de los otorgantes, es necesario que lleve las firmas de todos ellos, de manera que, si no es así, cualesquiera que hayan sido los términos empleados en el testamento, sólo servirá como declaración de voluntad con eficacia *mortis causa* del sujeto o de los sujetos, en su caso, que lo hayan suscrito. En cuanto a las exigencias de fondo, es preciso que las disposiciones reflejadas en el testamento procedan de una voluntad común de los cootorgantes, de manera que si un sujeto hace un testamento en el que únicamente refleja disposiciones de voluntad propias y otra persona —o personas— firma y rubrica aquel testamento al lado de la firma del único disponente cuya particular voluntad se plasma en el testamento, la existencia de una segunda o ulterior firma no convierte al testamento en un acto de última voluntad de carácter mancomunado (32). De aquí que la noción de testamento mancomunado combine los aspectos de forma y de fondo (33). En ella caben tres supuestos distintos (34): 1.º El llamado «*testamento simplemente mancomunado*», caracterizado porque los testadores utilizan un único instrumento para disponer de sus respectivos patrimonios pero en esta disposición, que puede ser unilateral —todas las disposiciones se realizan a favor de un tercero—, no se introducen vinculaciones entre las previsiones de los distintos testadores que, son absolutamente independientes entre sí. 2.º El «*testamento mancomunado recíproco*», caracterizado porque, en él,

común, pues su revocación se rige por las reglas generales en materia de testamentos. En efecto, aun cuando se aprecie la ligazón psicológica esencial entre determinadas cláusulas de un testamento y concretas disposiciones de otro/s de forma evidente; v.gr., testamento cerrado escrito por un cónyuge o un hermano en el anverso de una hoja y testamento cerrado del otro escrito en el reverso de la misma hoja, o incluso dos testamentos escritos en el mismo lado de la hoja separados por un simple trazo de tinta. En ninguno de estos casos, ni en casos similares, podrá declararse la nulidad de los testamentos por vulneración de la interdicción contenida en el artículo 669 del Código Civil y ello tanto por el carácter sustancial y no meramente formal de la misma, como por el hecho de que, desde esta última perspectiva, tampoco puede apreciarse la existencia de un solo testamento, a pesar de ser visible la simultaneidad de los dos actos y manifiesto el vínculo intelectual existente entre la cláusulas de uno y otro (PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, «Anotaciones al artículo 2.181», en *Código Civil anotado*, vol. VI [artigos 2.024 a 2.334], Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 291).

(32) Así ha tenido la oportunidad de declararlo la jurisprudencia francesa en orden a dar validez a un testamento en el que dos sujetos habían estampado la firma sobre el testamento de un tercero (Civ. 1.ª, 5 octubre 1959, D. 1959.I.507, con *nota* de HOLLEAUX; JCP 1959.II.11323, con *nota* de P. VOIRIN).

(33) MAZEAUD, H., L. et J./CHABAS, F., «Leçons de Droit civil», T. IV, vol. 2.º, *op. cit.* (5.ª edic.), pág. 289 (§ 966).

(34) Seguimos en esta sistematización la realizada por VALLET (vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, T. I (*Fundamentos*), Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1982, págs. 976 y sigs. [§ 449]).

los cootorgantes se instituyen mutuamente herederos. 3.º) El «*testamento mancomunado mutuo o correspectivo*». En él la eficacia de las disposiciones realizadas por cada uno de los otorgantes está condicionada a que el otro mantenga lo por él dispuesto y en esto se diferencia, precisamente, de la mera *reciprocidad* de las disposiciones. Las disposiciones de un testador dependen de la eficacia de las disposiciones realizadas por el otro, de manera que están «*recíprocamente condicionadas*» (es ésta precisamente la denominación que reciben este tipo de disposiciones testamentarias en el artículo 139.1 *in fine* de la LDCG) (35). De esta manera, si los cootorgantes deciden establecer un determinado equilibrio en el testamento mancomunado, la situación creada mediante la condicionalidad recíproca de sus disposiciones no puede ser modificada por la voluntad unilateral de una de las partes, habiendo de darse a la otra la oportunidad de adoptar las medidas que estime oportunas (a esta finalidad están dirigidas las previsiones contenidas en el art. 139.2 de la LDCG, completadas con el establecimiento expreso de la irrevocabilidad de tales disposiciones tras el fallecimiento de uno de los otorgantes en el art. 140 de la misma LDCG). En todo caso, dado que el principio general es el de libertad del testador para disponer de sus bienes, que tiene como corolario esencial la libre revocabilidad de las disposiciones realizadas en un momento anterior, la correspectividad no se presume (36), de manera que para que las disposiciones conjuntas en la forma —realizadas en un testamento mancomunado— sean recíprocamente condicionadas —no unilaterales en cuanto al fondo— es necesario, bien que los testadores lo hayan expresado de forma indubitada, bien que se derive de declaraciones suyas que manifiesten su intención —aun implícita— en este sentido. En este sentido se suele señalar que las cláusulas que contengan disposiciones recíprocas entre los cootorgantes —en el caso gallego, entre los cónyuges— normalmente se interpretarán de manera que favorezca su consideración como recíprocamente condicionadas (37), mientras que la interpretación será

(35) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 105 de la LSCMA», *op. cit.*, págs. 738 y sigs.

(36) Así se establece expresamente en el artículo 105.1, *in fine*, de la LSCMA (el derogado art. 97.1.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón exigía que la correspectividad fuese declarada por los cónyuges en *el mismo testamento o en otro documento público* —v.gr., capitulaciones matrimoniales, escritura pública conteniendo nuevas declaraciones de voluntad, etc.—, de donde doctrina y jurisprudencia derivaron que la correspectividad no puede ser probada por presunciones o conjeturas: SAP de Zaragoza, de 14 de diciembre de 1998, y SJPI de Zaragoza, de 9 de mayo de 2001 [AC 2001/1253]; si bien la SAT Zaragoza, de 7 de noviembre de 1986, admitió la búsqueda de la presunta voluntad de la correspectividad); y también en el artículo 187.2, *in fine*, del proyecto prelegislativo gallego de julio de 2001.

(37) Así sucede con el usufructo universal vidual recíproco que, de acuerdo con la previsión expresa realizada en el artículo 118.1 de la LDCG, puede hacerse en capi-

contraria a esta recíproca condicionalidad —dadas las consecuencias que en su régimen de revocación conlleva— respecto de las disposiciones testamentarias establecidas a favor de terceros.

II.3. REQUISITOS QUE HAN DE REUNIR LOS OTORGANTES

Del artículo 137 de la LDCG resulta que sólo pueden testar mancomunadamente los *cónyuges gallegos*. Son dos, por lo tanto, los requisitos subjetivos que se exigen en el Derecho Civil propio de Galicia en orden a integrar la capacidad para otorgar este tipo de testamento y que habrán de reunir los dos otorgantes:

1.º) Que los cootorgantes tengan la condición de *cónyuges*. En efecto, a diferencia del *testamento de hermandad* del Derecho navarro, que puede ser otorgado por una pluralidad de disponentes (*ex* Ley 199 de la CDCFN; en el caso más frecuente se tratará de varios hermanos), o del vigente Derecho aragonés que permite testar mancomunadamente a dos aragoneses sin necesidad de que entre ellos exista vínculo parental o afectivo alguno (art. 102.1 de la LSCMA), el testamento mancomunado del Derecho gallego, de acuerdo con la normación vigente del mismo, exige que los cootorgantes tengan la condición de *cónyuges*. De esta manera, mientras este estado civil —de casado— se conserve, los cónyuges pueden testar mancomunadamente, aun cuando se hayan separado de hecho o judicialmente, pues el vínculo, como es sabido, subsiste. La exigencia expresa de esta condición (otorgantes casados entre ellos) implica que no pueden utilizar esta forma de ordenar la sucesión hereditaria otras personas unidas por otros vínculos parentales distintos del conyugal y que tampoco puedan testar mancomunadamente en Galicia las parejas que convivan *more uxorio*. Es esta, precisamente, una de las críticas que puede realizarse a la Ley gallega de 1995 pues, dada la fecha de su promulgación, parece innegable la existencia del sentimiento social de necesidad de extender esta posibilidad testatoria a las parejas estables, tal como hizo el legislador aragonés en sendas leyes de 1999. En la primera de ellas, reguladora de las *parejas estables no casadas*, estableció expresamente que los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa (art. 15 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de *parejas estables no casadas*) (38). La segunda de aquellas leyes, cuya tramitación en las Cortes de Aragón coincidió cro-

tulaciones matrimoniales, en cualquier escritura pública o en testamento mancomunado, lo que veda la posibilidad de establecerlo en cualquier otra forma testamentaria distinta de la mancomunada.

(38) BOA, núm. 39, de 6 de abril de 1999.

nológicamente con la ya citada y cuya entrada en vigor es sólo unos meses posterior, es la propia LSCMA, en cuyo artículo 102.1 se dispone expresamente que *los aragoneses sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón*. Obviamente la existencia de este precepto hace prescindible aquél, puesto que incluso la pareja no casada que no esté sometida, por no reunir los requisitos exigidos para ello (v.gr., por estar vinculados matrimonialmente con otras personas), a la ley especial reguladora de las parejas estables, pueden testar mancomunadamente. A juicio de MERINO HERNÁNDEZ, este precepto únicamente buscaba permitir el testamento mancomunado entre convivientes de hecho, pero el afán del legislador por conseguir esta finalidad lo ha llevado a consagrar una regulación subjetiva del testamento mancomunado que desvirtúa la esencia del mismo en el Derecho Civil aragonés y que supone algo no buscado por nadie —«matar moscas a cañonazos»— al permitir testar mancomunadamente a personas —eso sí, los intérpretes reducen la posibilidad a dos *cotestadores*— no relacionadas por vínculo parental alguno (39). Algo así ocurre en el documento prelegislativo elevado al *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais* en julio de 2001. Seguramente en orden a posibilitar que las parejas estables puedan testar mancomunadamente se permite que *dos o más personas* testen en un único instrumento notarial (art. 187.1). Con ello se evita toda alusión a aquella realidad social que el prelegislador gallego parece querer desconocer —por no decir ocultar—, si bien cuando pretende regular las *disposiciones correspectivas* en el testamento mancomunado exige expresamente que los disponentes sean esposos (art. 187.2). De esta manera, en la práctica, se está privando a los no casados de la utilización de esta forma de regular su sucesión hereditaria pues, como ya hemos visto, la peculiaridad del testamento mancomunado, que constituye su razón de ser, es la posibilidad de que contenga disposiciones recíprocamente condicionadas.

Habiéndose establecido el requisito de que los cootorgantes del testamento mancomunado tengan la condición de cónyuges en el momento de otorgarlo, de inmediato surge la pregunta acerca de los efectos sobre el testamento mancomunado otorgado, derivados de una situación de crisis matrimonial sobrevenida. Frente a la regulación expresa de la que es objeto esta situación en los Derechos Civiles propios de Navarra (Ley 201 de la CDCFN) y de Aragón (art. 123 de la LSCMA —con carácter general para todas las disposiciones correspectivas y liberalidades concedidas en testa-

(39) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario a los artículos 15 y 16 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXIII, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 2000, págs. 751 a 754; *ibidem*, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 102 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 719.

mento entre los cónyuges [lo que origina un trato discriminatorio respecto a la ruptura de las uniones de hecho] y no sólo para el testamento mancomunado—), en los que se prevé que la nulidad, la separación o el divorcio—incluyéndose, en el caso de Aragón, los supuestos en los que haya sobrevenido la muerte de uno de los cónyuges durante la tramitación de los procedimientos dirigidos a la declaración de la separación, divorcio o nulidad— determina la ineficacia de las disposiciones realizadas en el testamento mancomunado a favor del otro cónyuge y también de las correspondientes, la LDCG guarda silencio al respecto. Este silencio de la Ley gallega supone que, en los supuestos de crisis matrimoniales, el testamento mancomunado que haya sido otorgado válidamente mantiene su vigencia en todas sus disposiciones, incluidas las liberalidades recíprocas que pudieran haberse realizado los cónyuges, de manera que será necesaria una nueva declaración de voluntad de los otorgantes para dejarlas sin efecto. Es esta la única interpretación posible de acuerdo con el tenor actual de la regulación. Sin embargo, algunos autores que parten de la consideración de las consecuencias gravosas para los cootorgantes que, en determinados casos, puede conllevar esta regulación, han esbozado la posibilidad de acudir a algunos expedientes tendentes a evitar aquellas consecuencias. En este sentido se ha señalado la posibilidad de acudir a la aplicación analógica a este caso de las causas de revocación de las donaciones por razón de matrimonio (*ex art. 116.2 de la LDCG*, que implica la ineficacia en contra del cónyuge de mala fe); así como la representada por la extensión de la eficacia de la sentencia de nulidad, separación o divorcio que conllevaría la decadencia de las cláusulas recíprocamente condicionadas que contuviese el testamento mancomunado.

2.º) Que los cónyuges otorgantes tengan la *vecindad civil gallega*. Los dos cónyuges que otorgan el testamento mancomunado habrán de tener la vecindad civil gallega. En orden a su determinación, el artículo 5 de la LDCG, como no podía ser de otra manera dada la competencia exclusiva del Estado sobre las *normas para resolver los conflictos de leyes* (*ex art. 149.1.8.ª de la CE*), se remite expresamente a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Código Civil. Eso sí, el artículo 137 de la LDCG prevé la posibilidad de que los cónyuges gallegos otorguen testamento mancomunado *aun fuera de Galicia*. Sobre esta previsión, que constituye el último inciso del preceptado precepto de la LDCG, se han suscitado algunas sospechas de inconstitucionalidad desde la perspectiva de la competencia legislativa exclusiva del Estado que acabamos de enunciar. La primera premisa de la que ha de partirse consiste en afirmar que cuando el artículo 137 de la LDCG dispone que *los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado, aun fuera de Galicia*, está consagrando el estatuto personal frente a la posible aplicación del principio *locus regit actum* que regiría si se tratase de una

cuestión meramente de forma y no de fondo (*ex arts. 11 del Código Civil y 1 del Convenio de La Haya de 1961*) (40). En este sentido, procede recordar que es opinión pacífica y común que los Notarios adscritos a demarcaciones en las que rige el Derecho territorial común pueden autorizar testamentos mancomunados de sujetos que puedan otorgarlos de acuerdo con su vecindad civil. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que de la aplicación de las normas de conflicto previstas en el Código Civil puede resultar la eficacia extraterritorial de normas autonómicas. En efecto, del artículo 9.8 del Código Civil resulta que el testamento otorgado conforme a la ley personal del otorgante en el momento de realizar el acto de disposición es válido. De aquí que normas de extensión de la eficacia territorial de Leyes propias de las CCAA, como es el caso de la contenida en el artículo 137 de la LDCG, pero también el artículo 102 de la LSCMA, son redundantes y, por ello, innecesarias (41).

Precisamente del pronunciamiento contenido en la STC 72/1983, de 29 de julio (en la que se declaró la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Vasca de Cooperativas de febrero de 1982, en el que se preveía su aplicación a todas las cooperativas con domicilio en la Comunidad Autónoma del País Vasco, con independencia de su ámbito territorial de actuación), se deriva la inconstitucionalidad de las normas materiales especialmente autolimitadas —como es la contenida en el art. 137 de la LDCG—, frente a la interpretación restrictiva conforme a la cual el término *conflicto de leyes* contenido en el inciso final del artículo 149.1.8.^a de la CE habría de ser tomado en su sentido propio y limitado a esta técnica de reglamentación (42). Sin em-

(40) Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, sobre *conflicto de Leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias* (Instrumento de ratificación de 16 marzo 1988 [BOE, núm. 197, de 17 de agosto]).

(41) En este sentido, FONT SEGURA, A., «La sucesión hereditaria en el Derecho interregional», en *ADC*, T. LIII-I, enero/marzo de 2000, pág. 56; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 102 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 723.

(42) Vid. REQUEJO ISIDRO, M., «Comentario al artículo 137 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, vol. 1.º, *op. cit.*, pág. 1046. En la doctrina ha sostenido también la inconstitucionalidad de la norma que nos ocupa por suponer una infracción de la reserva de competencia legislativa en exclusiva al Estado, RODRÍGUEZ GAYÁN, E. M., «Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho interregional», en *RGD*, núm. 622, 1996, pág. 8083. En relación con el antiguo artículo 94 de la CDCA —en la actualidad su contenido se corresponde con el del art. 102 de la LSCMA—, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario al artículo 94 de la CDCA», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo), T. XXXIV, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1987, pág. 105, si bien hay que tener en cuenta que en este caso la apreciación estaba realizada sobre una norma emanada del legislador estatal; si bien el mismo autor la mantiene también respecto del artículo 102 de la LSCMA —Ley de proveniencia autonómica— («Comentario del art. 102 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 102).

bargo, aun si se acepta la tesis amplia que deriva del pronunciamiento constitucional, resulta que de la aplicación de las normas del sistema español de Derecho Internacional Privado la ley aplicable en virtud de la que ha de determinarse la validez del testamento es la ley personal del otorgante, de tal forma que materialmente se permite la aplicación extraterritorial del artículo 137 de la LDCG.

La exigencia de la vecindad civil gallega como común a ambos cónyuges en el momento de otorgar el testamento puede dar lugar a diversas situaciones a las que es preciso dar respuesta de acuerdo con el Derecho aplicable al caso. Estas distintas situaciones son las que se enuncian a continuación:

1.º) La vecindad civil de los cónyuges es distinta. A su vez, dentro de esta situación, han de diferenciarse dos supuestos diversos:

A) Vecindad civil de los cónyuges distinta en el momento de otorgar el testamento mancomunado:

- a) En el caso de que la ley personal del cónyuge de gallego no permita —prohíba— el testamento mancomunado, los cónyuges no podrán otorgar este tipo de testamento. Tienen vedado el acceso a esta forma testamentaria.
- b) Si, por el contrario, la ley personal del cónyuge gallego permite el testamento mancomunado, éste podrá ser otorgado por los cónyuges, presentándose, en este caso, la duda acerca de qué ley ha de regir el régimen jurídico de este testamento mancomunado otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil cuyas respectivas leyes personales tienen en común el permitir que los cónyuges otorguen testamentos de esta naturaleza. A efectos de dar una respuesta adecuada a esta cuestión, habrá de diferenciarse la ley aplicable a la forma del testamento y la ley reguladora de la eficacia y del régimen de revocación del mismo. En cuanto a la forma de otorgamiento del testamento mancomunado, si se trata de supuestos de Derecho interregional privado, procederá la resolución de este conflicto interno en materia de ley aplicable a la forma del testamento mancomunado mediante la previsión contenida en el artículo 11.1.º del Código Civil, de acuerdo con la remisión que el artículo 16 del Código Civil hace a las normas contenidas en el Capítulo IV de su Título Preliminar, sustituyendo el criterio de la nacionalidad por el de la vecindad, de donde resulta que se aplicará la ley del lugar en que se otorgue el testamento, de acuerdo con el principio plasmado en aquel precepto: *locus regit actum*. Sin embargo, es pertinente advertir que un autor proveniente del ámbito notarial y con notable autoridad en la ma-

teria, como es BLANQUER UBEROS, distingue lo que es la *forma* de otorgamiento y lo que son las *formalidades*, también del otorgamiento. Respecto de estas últimas considera que se aplicaría la ley del lugar de otorgamiento, pero respecto de aquéllas habrían de satisfacerse los requisitos de forma exigidos por las respectivas leyes personales de los testadores cumulativamente (43). Sin embargo, tras la entrada en vigor del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, *sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias y, en general, cualquier disposición de última voluntad*, ratificado por España, sin reservas, mediante Instrumento de 16 de marzo de 1988 (BOE, núm. 197, de 17 de agosto de 1988), puesto que se trata de un Convenio con eficacia *erga omnes* (44) es aplicable a todos los supuestos en los que concurren elementos o puntos de conexión con diversas legislaciones (incluidos, por lo tanto, no sólo los supuestos de tráfico externo, sino también los conflictos de leyes interregionales) y, en virtud de lo dispuesto en su artículo 6, la regulación de la materia contenida en el mismo sustituye o desplaza al artículo 11 del Código Civil (45). Pues bien, puesto que, de acuerdo con el artículo 1 del Convenio de La Haya, una disposición testamentaria es válida en cuanto a la forma si es conforme bien a la ley del lugar en que el testador hizo la disposición, bien a la ley de la nacionalidad —léase vecindad civil— del testador en el momento de otorgar el testamento o en el momento de su fallecimiento, bien a la ley del lugar del domicilio o de la residencia habitual del testador en el momento de testar o de su fallecimiento, bien a la ley del lugar donde estén situados los bienes inmuebles respecto de las disposiciones testamentarias que les afecte («*lex rei sitae*»), bien, por último, a la ley del funcionario ante el que se otorga el acto («*lex loci actum*»).

(43) BLANQUER UBEROS, R., «El estatuto formal (art. 11 del Código Civil)», en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, Jaén, 1977, págs. 191 a 197; seguido en este aspecto por MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 137 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones de Galicia*, *op. cit.*, pág. 127.

(44) Por todos, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Comentario al artículo 11 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. I, vol. 2, EDESA, Madrid, 1995, pág. 800; BERCOVITZ ALVAREZ, G., «Comentario al artículo 11 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 83.

(45) Vid. ZABALO ESCUDERO, E., «Conflictos interregionales en materia de Derecho sucesorio aragonés», en *Actas de los décimos encuentros del Foro de Derecho aragonés* (Huesca-Zaragoza, noviembre de 2000), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, pág. 116.

Mayores dificultades plantea, si cabe, la determinación de la ley aplicable a la eficacia y revocación del testamento mancomunado otorgado por un cónyuge gallego y otro de vecindad civil distinta a ésta, pero cuyo Derecho Civil propio admita el testamento mancomunado, pese a que ZABALO ESCUDERO considera que la flexibilidad de las soluciones del antes citado Convenio de La Haya, de octubre de 1961, alcanza a las formas de las disposiciones testamentarias, a la forma de su revocación (art. 2.º) y a la de las disposiciones testamentarias otorgadas por dos o más personas en un mismo documento (46). A mi juicio, aunque reviste alguna dificultad su admisión en el sistema español de Derecho Internacional Privado parece razonable pensar en la posibilidad de que en el propio testamento mancomunado los otorgantes acuerden la ley aplicable a aquellos aspectos de su régimen jurídico, lo que será viable siempre que con ello no perjudiquen derechos reconocidos a terceros no intervinientes en el testamento. Si nada han pactado al respecto, el *Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte*, hecho en La Haya el 1 de agosto de 1989 (47), prevé que se observen los requisitos establecidos por las dos legislaciones que puedan resultar de aplicación. Sin embargo, además de que se trata de una solución prevista en un instrumento convencional respecto del que no tengo noticia que haya entrado en vigor en España, puede que se trate de regulaciones muy divergentes en la materia que ahora nos ocupa, lo que dificulta notablemente la aplicación práctica de la solución prevista en el instrumento normativo convencional. Es por esta razón por la que MARTÍNEZ GARCÍA preconiza la aplicación de las normas correspondientes a la vecindad civil de cada uno de los otorgantes a la revocación que pretendan efectuar (48). Sin embargo, esta propuesta no nos sirve para solucionar el caso en el que la nueva ley civil del revocante no contemple la regulación del testamento man-

(46) ZABALO ESCUDERO, E., «Conflictos interregionales en materia de Derecho sucesorio aragonés», *op. cit.*, pág. 117.

(47) El texto del mismo en francés e inglés, así como su traducción al holandés, puede verse en *Bulletin des Traités*, 1994, núm. 49. Entre la escasa bibliografía en español existente sobre el mismo, vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La Convention de La Haya de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne», en *E pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz* (A. Borrás – A. Bucher – A. V. M. Struycken – M. Verwilghen, eds.), La Haya, 1996, págs. 7 a 23; *ibidem*, «La ratificación por Holanda del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre ley de aplicable a las sucesiones por causa de muerte», en *REDI*, núm. 48, julio/diciembre de 1996, págs. 363 y 364.

(48) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 137 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones de Galicia*, *op. cit.*, pág. 128.

comunado, amén de que puede ser objeto de críticas evidentes desde la perspectiva de la necesaria seguridad jurídica que ha darse a la posición del cootorgante no revocante. Es por ello que parece más razonable adherirse a la propuesta defendida por BETEGÓN SANZ en el ámbito del Derecho Civil aragonés, de acuerdo con la cual la revocación del testamento mancomunado requerirá el cumplimiento de los requisitos especiales que se prevean en la ley conforme a la cual se ha otorgado, con independencia de cuál sea la vecindad civil que tenga el revocante en el momento de realizar la revocación (49).

- c) Cambio de vecindad civil por uno de los cónyuges, o por los dos, una vez que el testamento mancomunado ya ha sido válidamente otorgado. Esta mutación de vecindad civil no afecta a la validez del testamento mancomunado ni a los requisitos y formalidades exigidos para su revocación, que serán los exigidos por la ley civil bajo la que fue otorgado, por la en él pactada o por la del cónyuge que pretenda revocar el testamento, de acuerdo con lo dicho.

B) Otorgantes respecto de los que se acredite, en un momento posterior al acto de otorgamiento, que en aquel momento no reunían las condiciones de capacidad exigidas para testar mancomunadamente. De acuerdo con la regla general, aplicada por la jurisprudencia a estos supuestos, la contravención de las normas imperativas en materia de formalidades testamentarias conlleva la nulidad absoluta del negocio jurídico. Frente a este parecer, que resulta con naturalidad de la aplicación al caso de la previsión contenida en los artículos 6.3 y 687 del Código Civil, se ha planteado en la doctrina la posibilidad de mantener la eficacia del negocio en virtud de la aplicación del principio del *favor testamentii* y de la toma en consideración de la buena fe de los otorgantes. Si ésta concurre, la aplicación de aquel principio abogaría por la admisión de la posibilidad de convertir el testamento mancomunado en dos testamentos individuales, siempre que se reúnan los requisitos de capacidad y de forma que se exijan para éstos. Esta propuesta procede de la doctrina alemana (50) y si bien resulta difícilmente asumible en el Ordenamiento Jurídico español, de acuerdo con el que la jurisprudencia ha sancionado la nulidad de un testamento ológrafo otorgado por dos cónyuges en el que se institufan recíprocamente herederos, escrito y firmado por el marido y con la huella digital de la mujer (la STS de 29 de enero de 1960 [RJ 1960/894] declaró la nulidad de pleno derecho de aquel testamento, sin

(49) BETEGÓN SANZ, C., «Conflictos interregionales en materia de Derecho sucesorio aragonés», en *Actas de los décimos encuentros del Foro de Derecho aragonés* (Huesca-Zaragoza, noviembre de 2000), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, pág. 131.

(50) Vid. KIPP, TH., *Derecho de sucesiones* (traducción de la 11.ª revisión por H. COING), vol. I, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1976 (2.ª edic.), pág. 357 (§ 34).

que se admitiese la posibilidad de su conversión en dos testamentos unipersonales), como han puesto de manifiesto los propios *anotadores* del *Derecho de Sucesiones* de TH. KIPP, no encuentro óbice alguno para su admisión en aquellos Derechos Civiles que, como el gallego, admiten el testamento mancomunado. Antes al contrario, la aplicación al caso que nos ocupa de la doctrina de la conversión del negocio nulo (51) (es éste precisamente el fundamento en que se apoya la doctrina alemana para llegar a la solución cuya aplicación al caso gallego preconizamos, si bien en Alemania la conversión cuenta con el fundamento normativo que se deriva del § 140 BGB), unida al principio *favor testamentii* —al principio de conservación del negocio en esta sede se acude incluso por los autores que lo excluyen como fundamento de la conversión material del contrato nulo (52)— y el respeto de la voluntad de los causantes conducen a la misma solución. Por cierto, esta solución es admitida expresamente en el Código Civil español para los supuestos de testamentos cerrados nulos por no reunir las formalidades exigidas para ello que pueden ser válidos como ológrafos, siempre y cuando reúnan los requisitos que para la validez de éstos se exigen en el Código Civil (conversión formal admitida *ex art.* 715 del Código Civil) (53). Pues bien, como la diversidad de las formas testamentarias no entraña una diversidad de función, la causa se muestra como irrelevante a los fines de la caracterización del negocio *mortis causa*, siendo las formalidades o solemnidades testamentarias únicamente exigidas en orden a garantizar que se cumpla la efectiva voluntad del testador, es lógico que se permita valorar el cumplimiento de éstas en función de otra forma testamentaria considerada como suficiente, pues con ello la voluntad del testador puede permanecer incólume (si se ha querido el testamento cerrado, se querría también como ológrafo) (54). Estas consideraciones tendrán virtualidad práctica especial-

(51) Sobre esta doctrina, vid., por todos, DE CASTRO y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1985, págs. 486 y sigs. (§§ 542 a 547).

(52) Es el caso significativo de ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T. I (*Introducción y Parte general*), Ed. Librería Bosch, S.L., Barcelona, 2002 (15.^a edic.), pág. 868 (§ 105.8).

(53) Entre otros, vid. TORRES GARCÍA, T. F., *El testamento ológrafo*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1977, págs. 454 a 465.

(54) Vid. Díez SOTO, C. M., *La conversión del contrato nulo (su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, J. M.^a Bosch Ed., S.A., Barcelona, 1994, págs. 55 y 56. Se trata de un supuesto de «conversión formal» —la transformación no toca al negocio, que sigue siendo el mismo—, cuyo fundamento residiría en remediar los resultados injustos que puede implicar un excesivo formalismo negocial, en aplicación del principio de conservación del negocio jurídico (DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio jurídico», *op. cit.*, págs. 487 a 489). La conversión de una forma testamentaria —testamento cerrado— en otra —ológrafo— operaría únicamente en el plano de los efectos que el ordenamiento vincula a la observancia de una determinada forma, entendida como estructura externa del supuesto

mente si se exige la forma abierta notarial, premisa de la que, como hemos manifestado, discrepamos, en orden a permitir como testamentos ológrafos individuales el que inicialmente se pretendía mancomunado, aunque también podrían tenerla en relación con el supuesto prístino que originó estas consideraciones: testamento mancomunado otorgado en forma abierta notarial que como tal no vale por no ser los otorgantes cónyuges gallegos —o de otra vecindad civil que admita este tipo testmentario—.

Las consideraciones realizadas que permiten fundar que sobre el testamento mancomunado otorgado por dos sujetos que no reunían, en el momento de otorgarlo, los requisitos subjetivos de capacidad exigidos no recae necesariamente la sanción de nulidad absoluta, permite también argumentar la posibilidad de sanación de aquellos defectos de capacidad si en un momento posterior los otorgantes reúnen tales requisitos: contraen matrimonio posteriormente o adquieren la vecindad civil gallega. Pues bien, si se admite la distinción formulada entre nosotros por LACRUZ al hablar de la ineficacia del negocio jurídico testamentario entre los supuestos de falta absoluta de capacidad y, por lo tanto, de consentimiento (supuesto próximo a la inexistencia) y los supuestos en los que se aprecia un defecto no sustancial de capacidad (que conllevaría la anulabilidad), en estos últimos la aplicación del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos que, aunque no lo diga expresamente para el negocio testamentario en general, el Código Civil sí lo reconoce de manera implícita para ciertas hipótesis —arts. 675.2, 737, 750, 752, 753, 754, 792 y 814, entre otros—, es posible diferenciar entre nulidad total y parcial del testamento (55). Es cierto que aunque parece que el Derecho histórico español contemplaba la posibilidad de sanación, convalidación o convalecencia del testamento viciado (Ley 6.ª, Título VIII de la Partida VI), el Código Civil no lo hace expresamente, si bien, fundamentalmente en aplicación del principio *favor testamentii*, la jurisprudencia así lo ha hecho en virtud de la manifestación expresa o tácita de los sucesores en orden a aceptar aquel testamento como válido (56), acudiendo en ocasiones a la teoría de los propios actos para

negocial, y no en el plano de los efectos inherentes a la naturaleza y causa del propio negocio que, desde esta perspectiva, se puede considerar conservado y no tanto convertido (DÍEZ SOTO, C. M., «La conversión...», *op. cit.*, pág. 159). En efecto, en los supuestos de conversión formal, no es necesario indagar los elementos subjetivos del negocio que se convierte (por todos, CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico* [traducción del italiano, prólogo y notas de M. Albaladejo], Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 313 [§ 90]).

(55) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», T. V, *op. cit.* (5.ª edic.), págs. 258 y 259 (§ 49.230).

(56) Entre otras, SSTs de 25 de marzo de 1940 [RJ 1940/198], 15 de marzo de 1951 [RJ 1951/997], 26 de noviembre de 1955 [RJ 1955/3288], 20 de octubre de 1962 [RJ 1962/3980], 14 de junio de 1963 [RJ 1963/3059], 24 de octubre de 1963 [RJ 1963/

desestimar la acción de nulidad. Acaso por esta razón la doctrina tiende a considerar que la sanación del testamento nulo se configura como una renuncia a la acción de nulidad, sin que suponga una convalidación estructural del negocio testamentario (57). Frente a esta tesis tradicional, últimamente se ha preconizado que la convalidación en estos casos conlleve no sólo el aspecto negativo derivado de la inadmisión de la acción de nulidad, sino también un contenido positivo fundado en el acuerdo convalidatorio de los interesados que justificaría el hecho de que el testamento regle las situaciones que en el futuro puedan producirse (58).

II.4. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN

El testamento mancomunado es naturalmente revocable. En el artículo 138 de la LDCG, el legislador gallego se limita a enunciar este carácter del mismo y a señalar que la modificación o la revocación del testamento mancomunado puede realizarse por ambos cónyuges testadores también mancomunadamente o de forma unilateral por uno sólo de ellos. Es la modificación y la revocación unilateral la que presenta mayores dificultades y por ello el legislador gallego se ha preocupado de dotarlas de un régimen jurídico propio tanto en el artículo 139 de la LDCG, para el caso en que ambos cootorgantes vivan en el momento de realizarse, como en el artículo 140 de la propia LDCG, para el caso en que uno de ellos haya premuerto.

II.4.A. *Revocación mancomunada o conjunta*

La forma usual de llevar a cabo la revocación conjunta de un testamento mancomunado será mediante el otorgamiento de un nuevo testamento

4157], 14 de febrero de 1981 [RJ 1981/526], 9 de julio de 1986 [RJ 1986/4425], 28 de julio de 1986 [RJ 1986/4621] y de 26 de abril de 1995 [RJ 1995/3257].

(57) En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A., «La confirmación», en *ADC*, 1960, pág. 1209; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.-H., «La sanatoria excepcional de las disposiciones testamentarias nulas», en *RDP*, 1977, págs. 644 a 648. En la jurisprudencia la convalidación entendida al modo que lo hacen estos autores se ha aplicado normalmente a los supuestos de nulidad por vicios de forma del testamento (SSTS de 14 de febrero de 1981 [RJ 1981/526], 9 de julio de 1986 [RJ 1986/4425] y de 28 de julio de 1986 [RJ 1986/4621]), pero no a los casos en que existe un vicio material o cuando aquélla deriva del incumplimiento de una prohibición legal (SSTS 24 de octubre de 1963 [RJ 1963/4157], 25 de junio de 1990 [RJ 1990/4892] y SAP de Vizcaya de 14 de mayo de 1998 [RJ 1998/5344]). Vid. ALVAREZ LATA, N., «LEA. Derecho de sucesiones», *op. cit.*

(58) CAPILLA RONCERO, F., «Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de ineficacia del testamento inválido», en *ADC*, 1987, pág. 79.

mancomunado. Es más, algún autor considera que la modificación o la revocación conjunta de un testamento mancomunado sólo puede hacerse en otro testamento mancomunado posterior (59). El otorgamiento de este testamento mancomunado posterior produciría como consecuencia la ineficacia de las disposiciones revocadas, con independencia de que éstas fuesen o no recíprocamente condicionadas. En todo caso, si se admite que el testamento mancomunado puede otorgarse en cualquiera de las formas válidas para testar —de acuerdo con el Código Civil—, como en este estudio se defiende, esta libertad de elección de la forma también ha de admitirse para la revocación conjunta mediante testamento mancomunado posterior, sin que se pueda exigir que el testamento revocatorio revista la misma forma que el revocado. La única dificultad, de admitirse esta tesis, deriva de la aplicación a este supuesto de la revocación presunta del testamento —mancomunado— cerrado de acuerdo con las previsiones del artículo 742 del Código Civil. Pues bien, para que en este supuesto la revocación pueda reputarse conjunta es necesario que conste que los cónyuges cootorgantes actuaron de mutuo acuerdo para dejar sin eficacia aquel testamento mancomunado cerrado. Claro está que si se admite que la forma abierta notarial es la única hábil, de acuerdo con la regulación de la LDCG, para testar mancomunadamente, la revocación o la modificación conjunta de este testamento habrá de revestir aquella misma forma notarial (60).

Sin embargo, no se alcanza a ver, y aquel autor que la propone no aporta argumento alguno en defensa de su tesis, por qué no puede producirse la revocación a través de otras instituciones sucesorias posteriores al otorgamiento del testamento mancomunado si consta de manera indubitada la voluntad común y concordante en este sentido de los cónyuges cootorgantes. Estas instituciones sucesorias pueden ser significativamente tanto el pacto de mejora como el apartamiento realizados con posterioridad a aquel testamento mancomunado, e incluso puede admitirse que la modificación de éste se lleve a cabo como consecuencia del otorgamiento de nuevas capitulaciones matrimoniales (*ex art. 113.2 de la LDCG*) (61).

(59) Es este el parecer de GUTIÉRREZ ALLER, V., «Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 471995, do 24 de maio)», *op. cit.*, pág. 402; *ibidem*, «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 101.

(60) En este sentido expresamente LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 138 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1054.

(61) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 138 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1053.

II.4.B. *Revocación unilateral*

De acuerdo con lo ya anunciado, la LDCG dedica sus artículos 139 y 140 a regular los requisitos y las formalidades que se exigen en orden a la viabilidad de la revocación o modificación de un testamento mancomunado por uno sólo de los otorgantes, diferenciando el supuesto en que ambos cónyuges vivan en el momento en que aquélla tiene lugar y el supuesto en que cuando uno de ellos decida revocarlo, el otro haya muerto ya. Si las disposiciones realizadas en el testamento unilateral posterior al testamento mancomunado no afectan al contenido de las cláusulas recíprocamente condicionadas previstas en éste, se entiende que no ha habido voluntad de aquel testador de revocarlas y continúan vigentes, sin que para la validez de este nuevo testamento se exija la forma y la notificación prevenidas en el artículo 139.2 de la LDCG y pudiendo otorgarse tras el fallecimiento de uno de los cootorgantes del testamento mancomunado.

En sede de consideraciones generales acerca de la revocación unilateral, procede señalar también que, en Galicia, a diferencia, *v.gr.*, de lo que ocurre en el Derecho Civil propio de Aragón por mor de la virulencia con la que en él rige el principio *standum est chartae*, no es eficaz el pacto reflejado en una cláusula testamentaria del testamento mancomunado de conformidad con el cual se prevea la validez de las disposiciones correspondientes aun cuando medie modificación unilateral (62). La posibilidad de la modificación o revocación unilateral del testamento mancomunado, verificándose los requisitos y las formalidades que, de inmediato, paso a exponer, se perfila así como una norma de orden público cuya derogación convencional conlleva la nulidad de pleno derecho del acto de contravención (art. 6.3 del Código Civil).

II.4.B.a. *Revocación unilateral en vida de ambos testadores*

II.4.B.a.i) Requisitos

Viviendo los dos cootorgantes del testamento mancomunado cualquiera de ellos, de manera unilateral, puede revocarlo. A estos efectos, en el pf. 2.º del artículo 139 de la LDCG, se exige la concurrencia de dos requisitos en orden a dotar de eficacia aquella revocación unilateral:

(62) En el Derecho aragonés la facultad de revocar el testamento mancomunado por uno de los cónyuges cootorgantes se introduce como novedad, respecto del Derecho contenido en los Fueros y Observancias, en el Apéndice de 1925 (vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Apéndice foral aragonés», en *RCDI*, 1928, pág. 797).

1.º) La utilización de la forma notarial abierta. Esta exigencia excluye que pueda revocarse un testamento mancomunado mediante la utilización de formas testamentarias no notariales —caso del testamento ológrafo—, así como las formas notariales distintas de la abierta —caso del testamento cerrado—. GUTIÉRREZ ALLER ha precisado que la revocación unilateral puede llevarse a cabo mediante la utilización de un testamento mancomunado en el que uno de los cónyuges otorgantes revoca el testamento anterior y el otro no. En este caso, el propio acto de otorgamiento del testamento mancomunado revocatorio implica la notificación de la misma, dada la ineludible presencia del otorgante no revocante en este acto (63). Claro está que el conocido Notario parte de la tesis de que, de acuerdo con la LDCG, todo testamento mancomunado es abierto notarial. Sin embargo, si se sigue la tesis de la libre elección de forma aquí preconizada, habrá que matizar su afirmación en el sentido de que puede utilizarse como forma revocatoria un testamento mancomunado otorgado en forma notarial abierta. Pues bien, en el caso de que la revocación unilateral se articule mediante el otorgamiento de un testamento mancomunado en forma notarial abierta, en este mismo acto se integraría el segundo de los requisitos que se exigen en el artículo 139.2.º de la LDCG, pues es evidente que el mismo acto de otorgamiento mancomunado implica necesariamente que el otro testador tiene conocimiento de la revocación.

2.º) La notificación de la revocación realizada al cootorgante del testamento mancomunado. La ausencia de notificación, o la notificación practicada de forma inadecuada, conlleva la nulidad del testamento revocatorio y de los ulteriormente otorgados (64).

II.4.B.a.ii) Forma, contenido y plazo de la notificación de la revocación

A diferencia de las previsiones realizadas en la regulación de esta notificación en el Derecho Civil propio de Navarra, en el que se exige que conste *de forma fehaciente* el conocimiento de todos los demás cootorgantes de la revocación realizada (Ley 202 de la CDCFN) y en el Derecho Civil del País Vasco, en el que se exige la realización de la *notificación fehaciente* (art. 175.2, *in fine*, de la LDCFPV), el artículo 139.2 de la LDCG al establecer que *el notario autorizante* [del testamento abierto notarial en el que se instrumente la revocación o modificación] *habrá de notificar al otro cón-*

(63) Vid. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 471995, do 24 de maio)», *op. cit.*, pág. 403; *ibidem*, «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 103.

(64) STSJ de Aragón de 29 de mayo de 1991 [RJ 1992/7072].

yuge la revocación o modificación, implícitamente prescribe la realización de una notificación notarial al cónyuge no revocante. Se trata de una obligación, la realización de esta notificación, que se impone al notario autorizante, que habrá de cumplirla a través de la utilización de un acta notarial de notificación. En efecto, éste parece ser el instrumento notarial adecuado para cumplir aquella obligación, pues *las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención notarial* (art. 202, pf. 1.º del RN).

Será contenido preceptivo de este acta de notificación la comunicación del hecho del otorgamiento por el cootorgante del testamento mancomunado revocado, de un testamento revocatorio, así como la especificación de las cláusulas de aquél que hayan resultado afectadas por la revocación.

La notificación es de carácter recepticio (65) y personalísima, lo que implica que habrá de realizarse al cootorgante del testamento revocado, sin que sea posible entregarla a un sujeto distinto de éste. A causa de la finalidad perseguida con la exigencia de esta notificación y que no es otra que el posibilitar el conocimiento de la revocación a fin de que el cootorgante no revocante pueda adoptar las medidas que estime convenientes, en el caso de que éste se encuentre privado de capacidad en el momento de recibir la notificación y, puesto que aquellas medidas que estime convenientes presumiblemente consistirían en el otorgamiento de unas disposiciones de última voluntad distintas de aquéllas que hizo constar en el testamento mancomunado, al no poder testar nuevamente se convierte en inviable la consecución de aquella finalidad, lo que conduce a pensar en lo razonable que es asimilar esta situación a la de fallecimiento del cootorgante, de manera que nos situáramos en el supuesto contemplado en el artículo 140 de la LDCG. Solución ésta por la que se inclina expresamente MARTÍNEZ GARCÍA (66) y que, en virtud de la justificación expuesta, estimo preferible a aquella otra que entiende que en el caso de que el receptor de la notificación se encuentre incapacitado, ésta habrá de practicarse a su representante legal. Sin embargo, reitero que, como salvo en el excepcional supuesto del intervalo lúcido, el incapaz no puede testar y el representante legal no puede adoptar por él las medidas tendentes a reparar el equilibrio roto por la revocación unilateral del

(65) Frente al carácter no recepticio con el que parece configurarse en el artículo 106 de la LSCMA, según la interpretación del mismo que realiza GARCÍA VICENTE, asentada en la consideración del deber de comunicar la revocación al cootorgante más como un deber moral que como un deber jurídico (vid. GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 106 de la LSCMA», en *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil* [J. Delgado Echeverría, coord.], Ed. Librería General, S.A., Zaragoza, 1999, pág. 98).

(66) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *Comentario al artículo 139 de la LDCG (El testamento abierto notarial)*, pág. 133.

testamento mancomunado en el que se contenían disposiciones correspectivas, la solución más coherente con la regulación establecida en la LDCG consiste en equiparar al incapaz con el fallecido a estos efectos.

En cuanto al lugar en el que ha de practicarse la notificación de la revocación unilateral, el tenor literal del pf. 2.º del artículo 139 de la LDCG, aunque no lo dice expresamente, induce a pensar que ha de realizarse en el domicilio real del cootorgante del testador revocante, lo que a su vez resulta coherente con el hecho de que se exija la posibilidad real —no el conocimiento efectivo (el desconocimiento sólo es eficaz si la práctica de la notificación se ha realizado en una dirección incorrecta por una causa imputable al revocante)— de aquél de conocer la revocación. A estos efectos, el notario la practicará en la dirección que le indique el testador revocante. En defecto de indicación expresa, por desconocimiento de cuál sea el domicilio real actual, se practicará en el domicilio que, en su caso, se hubiese previsto en el testamento mancomunado revocado a efectos de realizar notificaciones de este tipo. Subsidiariamente podrá acudir a la dirección que aparezca como domicilio de los cónyuges cootorgantes en el testamento mancomunado revocado. Si ninguna de estas tres posibilidades hace viable la práctica de la notificación personal por no coincidir ninguno de estos tres domicilios con el actual y desconocido del testador no revocante, el último inciso del pf. 2.º del artículo 139 de la LDCG contiene una norma de cierre al permitir que la notificación se realice por medio de edictos. Eso sí, parece conveniente insistir en el hecho de que la trascendencia de la notificación que nos ocupa exige que, de constar algún domicilio del cotestador no revocante, se intente practicar la notificación en esta dirección. Si no constase ninguno o, de constar alguno de los enunciados, la práctica de la notificación haya resultado infructuosa, la LDCG, al igual que la Ley 201.2 de la CDCFN, permite la notificación por edictos, si bien aquélla, a diferencia de éste, no contiene ninguna previsión ulterior acerca de cómo ha de llevarse a cabo esta notificación edictal. En efecto, en el número 2 de la Ley 201 de la CDCFN se prevé que cuando fuere ignorado el paradero de la persona a quien haya de comunicarse la revocación, podrá hacerse la notificación por edictos, previa justificación de aquella situación mediante acta notarial de notoriedad o información *ad perpetuam memoriam*, publicándose los edictos en el *BOE*, en el *BOP* y en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar correspondiente al último domicilio conocido del testador al que pretende hacerse llegar la noticia de la revocación. Ante el silencio de la LDCG al respecto, acaso haya que integrar el contenido de la notificación edictal con las previsiones al respecto de las comunicaciones mediante edictos contenidas en el artículo 164 de la LEC, en el que se prevé la publicación de la notificación bien en un Diario Oficial —de la provincia, de la Comunidad Autónoma o del Estado—, bien en algún diario de difusión

nacional o provincial, a costa del testador revocante, a lo que prudentemente podría añadirse la publicación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento del último domicilio conocido del testador no revocante.

En consecuencia, si el cotestador no revocante se encontrase en situación de ausencia, la LDCG permite acudir a la notificación por edictos, pues se requiere que la notificación sea personal, lo que no permite que se haga a su representante o al defensor del ausente (*v.gr.*, en los supuestos de ausencia no declarada recogidos en los arts. 6 a 8 de la LDCG). Por el contrario, en aquellos casos en los que proceda la declaración de fallecimiento de acuerdo con las previsiones de los artículos 193 y 194 del Código Civil, no cabe notificación edictal, si no que habrá de asimilarse esta situación a la del fallecimiento del cootorgante, situándonos entonces en el ámbito de aplicación del artículo 140 de la LDCG (67).

En cuanto al plazo de que dispone el notario para practicar la notificación, éste, de conformidad con lo expresamente prevenido en el propio artículo 139.2 de la LDCG, es de diez días, constituyendo el *dies a quo* del mismo el día siguiente a aquél en que haya sido otorgado el testamento abierto revocatorio. Obviamente, el cómputo de este plazo se regirá por la norma contenida en el artículo 5.2 del Código Civil, de manera que de los diez días establecidos no habrán de excluirse los días inhábiles.

Una vez practicada esta notificación por el notario, mediante *nota* hará constar en el testamento revocatorio que así lo ha hecho. En efecto, en el testamento revocatorio habrá de quedar constancia tanto de la intimación al notario para que practique la notificación, como, en *nota* posterior, del hecho de la práctica efectiva de la misma y, en su caso, de las vicisitudes relevantes que en su realización hayan tenido lugar.

II.4.B.b. Efectos de la notificación de la revocación y de su falta

La práctica de la notificación en tiempo y en forma es *conditio iuris* de la eficacia de la revocación unilateral del testamento mancomunado realizada unilateralmente por uno de sus cootorgantes. Practicada de manera fructífera, en tiempo y forma, los efectos de la misma se retrotraen a la fecha de otorgamiento del testamento abierto notarial revocatorio del mancomunado. En el caso de que durante el período de diez días de que se dispone para realizar esta notificación, el cotestador no revocante a que ésta se dirija fallezca —asimilándose a este supuesto, la pérdida de su capacidad para testar—, si

(67) En este sentido, aunque realiza tales consideraciones a propósito del testamento de hermandad propio del Derecho Civil de Navarra, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario de la Ley 202 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 871.

antes de este momento la notificación se ha practicado en tiempo y forma en su domicilio real aunque, por causas ajenas al revocante, no haya llegado a tener conocimiento efectivo de la misma, parece que ha de considerarse eficaz la revocación. Si fallece o deviene incapaz para testar durante ese plazo de diez días y antes de que la notificación le haya sido practicada, la revocación es ineficaz, aunque no faltan voces que reclaman la conservación de sus efectos pues, en caso contrario, dicen, se estaría haciendo depender la eficacia de la revocación de un acontecimiento externo y extraño a la esfera de influencia del testador revocante, limitando su libertad testatoria (68).

La falta de notificación de la revocación si es imputable al testador revocante o al notario, por no haberse intentado, la convierte en ineficaz, con independencia de la responsabilidad civil en la que pueda incurrir el notario autorizante del testamento revocatorio ineficaz por esta causa. En los casos en que haya intentado de manera infructuosa, fuera del caso en que la imposibilidad de practicarla sea imputable al cotestador no revocante que se niegue a recibirla, en cuyo caso la revocación deviene eficaz, la revocación es ineficaz, explicitando el artículo 139.2 de la LDCG que esto ocurrirá en aquellos supuestos en los que la notificación no pudo practicarse personalmente *por no coincidir la dirección señalada con la real*. Pero, aun en estos casos, pueden diferenciarse distintos supuestos, pues el precepto citado parece establecer esta sanción de ineficacia sólo para aquellos supuestos en los que el revocante haya designado un domicilio a efectos de practicar la notificación que no coincida con el real del cotestador no revocante. En los casos en que se practique infructuosamente en el domicilio que a estos efectos se haya designado en el testamento mancomunado que pretende revocarse o en los que el revocante declare expresamente desconocer el domicilio real del cotestador y este desconocimiento sea real, puede acudir a la notificación edictal que tiene plenos efectos, determinando la eficacia de la revocación.

En todo caso, si la notificación no ha podido llevarse a cabo personalmente en el domicilio real del cotestador no revocante por causa imputable al cotestador revocante, las consecuencias de su comportamiento habrá de recaer en su propia esfera jurídica, lo que se deriva del hecho de que la revocación del testamento mancomunado por él pretendida será ineficaz [sin que quepa además imponerle la sanción derivada de su consideración de indigno como previene para casos similares el artículo 13.g) de la LSCMA]. Por el contrario, si es al notario al que cabe imputar la defectuosa notificación de la revocación y que, por esta causa, la misma resulte ineficaz, éste habrá incurrido en un comportamiento generador de su responsabilidad civil. Responsabilidad civil en la que incurriría el notario tanto en el caso de que incumpla sus

(68) En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 139 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 135.

obligaciones de advertir al testador revocante de la necesidad de practicar la notificación, de comprobar la existencia de testamentos mancomunados anteriores, como también en el caso de que instada la notificación por el revocante, éste la practique extemporáneamente, si bien en este caso, de llegar a tener conocimiento real, aunque extemporáneo el cotestador no revocante, parece razonable pensar en mantener la eficacia de la revocación.

II.4.C. *Revocación unilateral tras el fallecimiento de uno de los testadores*

La interpretación conjunta del pf. 1.º del artículo 139 de la LDCG y del artículo 140 de la misma Ley revela que no es posible revocar o modificar las disposiciones recíprocamente condicionadas contenidas en un testamento mancomunado tras el fallecimiento de uno de los cootorgantes, si bien el cónyuge supérstite conserva su libertad testatoria respecto al resto del contenido del testamento. La irrevocabilidad, en este caso, de las disposiciones testamentarias corresponsivas o recíprocamente condicionadas implica la ineficacia de las cláusulas testamentarias posteriores que afecten a lo que haya sido objeto de condicionalidad recíproca en el testamento mancomunado, pero no a su totalidad. En efecto, el cónyuge supérstite conserva esta libertad para otorgar testamentos posteriores meramente aclaratorios o complementarios y también para disponer *mortis causa* de bienes no comprendidos en el testamento mancomunado, así como para establecer disposiciones que carezcan de contenido patrimonial. Todo ello es viable porque las disposiciones *mortis causa* —sean o no testamentarias— posteriores que acaban de enunciarse, no suponen modificación o revocación del testamento mancomunado otorgado y, en consecuencia, para ello no se exige el respeto de las formalidades prevenidas en el artículo 139.2 de la LDCG.

A estos efectos habrá de equipararse al fallecimiento de uno de los cotestadores mancomunado el supuesto en que uno de ellos haya devenido incapaz para testar —con independencia de que haya o no sido incapacidad judicialmente—, pues ello le impide adoptar las medidas necesarias para contrarrestar las disposiciones testamentarias revocadas y reestablecer el equilibrio patrimonial de éstas que el revocante pretende cambiar. Es por ser esta la razón que justifica la equiparación que acaba de realizarse, por lo que se presenta como justificada la interpretación propuesta por MARTÍNEZ GARCÍA en el sentido de que si la revocación pretendida por el cónyuge capaz tiene como única finalidad beneficiar al cotestador que ha devenido incapaz puede reputarse eficaz (69). Como afirma el mismo autor, la literalidad de la

(69) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 139 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 137.

norma no parece vedarlo radicalmente y el fin de protección de la norma parece exigirlo puesto que, como ya se ha avanzado, lo que con ella se pretende no es otra cosa que evitar que quiebre la situación de lealtad y equilibrio que los cónyuges cotestadores han tomado en consideración en el momento de otorgar el testamento mancomunado y resulta claro que lo ordenado en un nuevo testamento para beneficiar al incapaz no conculca aquel equilibrio de una forma fraudulenta o desleal.

Mayores dificultades hermenéuticas presenta la última previsión contenida del inciso primero del artículo 140 de la LDCG, en el que se contiene un segundo supuesto de irrevocabilidad de las cláusulas contenidas en un testamento mancomunado: aquéllas que hubiesen sido otorgadas *en favor de persona incapaz de heredar*. Obvio parece, y así lo ha puesto de manifiesto la práctica totalidad de la doctrina que se ha pronunciado sobre este aspecto (70), que la previsión, tal como aparece redactada, en su literalidad, carece de sentido, por no decir que resulta absurdo prever la irrevocabilidad de disposiciones testamentarias realizadas a favor de personas que no sean capaces de suceder *mortis causa*. Afirmar algo así vendría a significar la necesidad del mantenimiento de disposiciones testamentarias que no producirían ningún efecto pues, como es sabido, no tienen capacidad para heredar aquellos entes —físicos o jurídicos— que no están dotados de personalidad (por no haber nacido a efectos civiles, no haber sido constituidos o ser ilegales) ni aquellos que han incurrido en alguna de las causas de indignidad. Por ello, parece que lo que el legislador gallego quiso fue establecer en este inciso una excepción a la irrevocabilidad de las disposiciones testamentarias recíprocamente condicionadas tras la muerte de uno de los cotestadores, que tendría como objeto precisamente aquéllas realizadas a favor de personas incapaces para heredar, lo que resultaría si en vez de utilizar la conjunción «o» hubiese utilizado «salvo» o «excepto» y dispusiese entonces: «Fallecido un cónyuge, el testamento se convierte en irrevocable en cuanto a aquellas disposiciones que tuviesen el carácter de recíprocamente condicionadas, salvo que se hubiesen otorgado a favor de persona incapaz de heredar» (71). Es ésta precisamente la previsión que se contiene en

(70) La única excepción la constituye quien ha sido el primer intérprete, cronológicamente hablando, de este precepto, intentando una imposible interpretación del inciso que nos ocupa en el sentido de que el legislador gallego en él pretendiese beneficiar a los que se encuentren incapacitados judicialmente o que sean objeto de una sustitución ejemplar (CARPIO GONZÁLEZ, I., «Ley de Derecho Civil de Galicia. Estudio de la reforma», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 177, octubre de 1995, pág. 2734).

(71) Entre otros, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 137; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1076; PÉREZ ALVAREZ, M. A., «El Derecho sucesorio gallego», *op. cit.*, pág. 2054; *ibidem*, «Manual de Derecho Civil gallego» (AA.VV.), *op. cit.*,

el texto articulado elaborado por el prelegislador gallego en julio de 2001 (art. 191.2). Sin embargo, como el precepto dice lo que dice y esto es absurdo, no habiéndose corregido la incorrección en la redacción que provoca este resultado, fallecido un cónyuge cotestador, únicamente las disposiciones correspectivas que se contengan en el testamento mancomunado son irrevocables.

El segundo inciso del artículo 140 de la LDCG prevé la irrevocabilidad, tras el fallecimiento de uno de los cotestadores, de las disposiciones testamentarias realizadas a favor del cotestador que premuere dejando hijos sobrevivientes, precisando que esta regla se aplica, *sin perjuicio de los derechos de representación o acrecimiento*. Leído este inciso en sentido positivo, establece que las disposiciones recíprocamente condicionadas otorgadas a favor del premuerto son revocables, salvo: 1.º) Que el premuerto haya dejado hijos supérstites. Parece razonable entender que, aquí, el concepto *hijos*, abarca a los herederos que sean descendientes de grado ulterior. 2.º) Que sea de aplicación el derecho de acrecer a favor de otros instituidos, de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 982 del Código Civil en el que se establecen los presupuestos en orden a que tenga lugar el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria. 3.º) Que sea de aplicación el derecho de representación. De acuerdo con la doctrina mayoritaria que ha interpretado esta previsión, el único supuesto al que puede referirse el legislador gallego es al caso de que existan descendientes de un descendiente no preterido, puesto que aquéllos representan a éste en la sucesión hereditaria en virtud de testamento de conformidad con lo dispuesto en el pf. 3.º del artículo 814 del Código Civil (72). Fuera de este supuesto, el derecho de representación no cabe en la sucesión testada. Acaso, dado el carácter imbricado de esta interpretación, hay que buscar el origen de la previsión en la Ley 202, pf. 2.º-1.º de la CDCFN en la que tiene plena relevancia pues, en Navarra, el derecho de representación se da tanto en la sucesión testada como en la intestada.

II.5. DISPOSICIÓN POR ACTOS «INTER VIVOS» DE BIENES A LOS QUE AFECTEN LAS CLÁUSULAS RECÍPROCAMENTE CONDICIONADAS

El supuesto enunciado cuenta con una regulación expresa en las Leyes 203 y 204 de la CDCFN, diferenciando en función de si la disposición por

pág. 227; GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la Ley 202 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 811.

(72) En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 138; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1077.

actos *inter vivos* se realiza a título gratuito u oneroso. Respecto al primer supuesto, salvo previsión testamentaria expresa o anuencia de todos los cotestadores, se establece la prohibición (73); mientras que se permite expresamente la disposición a título oneroso de los propios bienes, de los bienes recibidos del cotestador premuerto, salvo cláusula expresa en contra, y en el caso de que el testamento lo fuese con institución recíproca y designación de heredero común, con prohibición de enajenar, ésta sólo se referirá a los bienes que el supérstite reciba del cotestador premuerto (74). También se regula expresamente en la LSCMA, cuyo artículo 107, sobre el establecimiento del principio general que permite la libre disposición de los bienes afectados aun cuando en el testamento mancomunado se hubiese establecido lo contrario, diferencia las consecuencias del acto de disposición en función de si se realiza en vida de ambos otorgantes o tras el fallecimiento de uno de ellos. Si la disposición se realiza en vida del otro cotestador, aquélla implica la ineficacia de la disposición correspondiente y si la disposición tiene lugar tras el fallecimiento del otro cotestador, la disposición es válida pero se aplica el principio de subrogación —salvo si el instituido consiente en la disposición y excepción hecha de los regalos módicos de escasa importancia en relación con la fortuna del donante (75) y de las donaciones remuneratorias (arts. 619 y 622 del Código Civil), respecto de las que deberá reducirse el montante de lo satisfecho por el donatario, debiendo actualizarse el importe de la «carga» si fue realizada hace tiempo o consistía en una prestación periódica (76)—, de manera que el sujeto a favor del que constase la atribución testamentaria del bien en cuestión puede pedir a los donatarios —o a sus herederos— el valor actualizado del bien en cuestión, si la disposición ha sido realizada a título lucrativo y si la disposición tuvo lugar a título oneroso, podrá reclamar de los herederos del disponente el valor actualizado del bien objeto de la disposición.

A diferencia de lo que sucede en los Derechos Civiles propios de Navarra y de Aragón, la LDCG guarda silencio al respecto, siendo su regulación una necesidad que debería ser colmada en la proyectada revisión de la LDCG. Pues bien, puesto que las limitaciones dispositivas se refieren en ésta sólo a las disposiciones *mortis causa*, parece que respecto de los actos *inter vivos* no recae ninguna prohibición o limitación respecto a la facultad de disponer,

(73) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a las Leyes 203 y 204 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 907.

(74) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a las Leyes 203 y 204 de la CDCFN», *op. cit.*, págs. 903 y sigs.

(75) GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 107 de la LSCMA», en *Ley de sucesiones. Comentarios breves...*, *op. cit.*, págs. 100 y 101.

(76) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 107 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 771.

produciendo el acto de disposición todos los efectos traslativos que le sean propios, sin que frente al adquirente en virtud de aquel negocio de disposición pueda alegarse efecto alguno de la existencia de cláusulas testamentarias recíprocamente condicionadas en las que el bien en cuestión fuese contemplado como objeto de las mismas. En efecto, en todo caso el acto de disposición *inter vivos* realizada por un cotestador mancomunado es plenamente eficaz, siempre que esté legitimado para disponer del bien de que se trate (normalmente las excepciones provendrán del hecho de que la disposición recaiga sobre un bien de naturaleza ganancial, en cuyo caso la nulidad o la nulabilidad del acto de disposición, en función de su carácter gratuito u oneroso se deriva de las previsiones de los arts. 1.378, 1.322 y 1.301 *in fine* del Código Civil). Sin embargo, parece razonable entender, pues el interés que se pretende proteger —el fin de protección de la norma— es el mismo, que sobre el disponente por acto con eficacia *inter vivos* recae la misma obligación de notificación que en el caso de que se revoque el testamento mancomunado, provocando su ausencia la ineficacia de la cláusula testamentaria que afecte al bien en cuestión, así como de las disposiciones otorgadas a favor del disponente en el testamento mancomunado (77).

De la omisión de previsión expresa del supuesto que nos ocupa, se ha hecho eco la comisión prelegislativa constituida en Galicia con miras a la posible reforma de la vigente LDCG y en el artículo 194 del texto articulado de julio de 2001, después de establecer en el artículo precedente la regla general de la libre disponibilidad *inter vivos* y *mortis causa* de los sujetos que hayan otorgado testamento mancomunado respecto de los bienes de que sean propietarios, establece como sanción para el caso de que el acto de disposición *inter vivos* afecte a bienes comprendidos en una cláusula testamentaria recíprocamente condicionada la ineficacia de la misma si el cónyuge del disponente vive en el momento en que se realiza aquel acto. El prelegislador gallego aclara expresamente que en este caso la ineficacia se produce *ipso iure*, sin necesidad de notificación. La duda nos asalta de inmediato, ¿es que acaso se necesita notificar al cónyuge no disponente por actos *mortis causa* para que se produzca la ineficacia de las cláusulas correspondientes afectadas? ¿No querrá decir el prelegislador gallego que si se notifica en los mismos términos que cuando se revoca el testamento mancomu-

(77) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, págs. 138 y 139. El parecer es compartido por GARCÍA-GRANERO. A juicio de este autor, del principio de irrevocabilidad plasmado en el artículo 140 de la LDCG para las disposiciones *mortis causa*, habrá que deducir la prohibición de todos aquellos actos *inter vivos* a través de los cuales uno de los cónyuges pretenda, unilateralmente, revocar o modificar de modo fraudulento las disposiciones conjuntamente ordenadas por ambos cónyuges (cfr. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a las Leyes 203 y 204 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 902).

nado y el no disponente no actúa en consecuencia, se mantiene en lo posible la eficacia de aquella cláusula? Si esto último es así, el legislador gallego está a tiempo de adecuar la redacción a esta previsión antes de que, en su caso, el designio del prelegislador se convierta en sacrosanta letra impresa en el DOG. En el caso de que el disponente por acto *inter vivos* se encuentre en estado de viudedad, al beneficiario de la disposición testamentaria correspondiente que afectaba al bien de que ha dispuesto se le concede un derecho de crédito, sometido a un plazo de caducidad de tres años del que constituye el *dies a quo* el momento de apertura de la sucesión del cotestador supérstite disponente por el valor actualizado de aquel bien con cargo a la herencia del disponente.

III. LA DELEGACION DE LA FACULTAD DE MEJORAR (EL LLAMADO *TESTAMENTO POR COMISARIO*)

III.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 14 A 143 DE LA LDCG

En los artículos 141 a 143 de la LDCG, se regula la delegación por el testador de la facultad de mejorar. Institución esta que no es ajena al Derecho Civil territorial común (art. 831 del Código Civil), si bien sí lo es la pretenciosa —por no decir incorrecta— rúbrica bajo la que se recubren aquellos preceptos y que encabeza la Sección 3.^a del Capítulo III del Título VIII de la LDCG: *Del testamento por comisario*. En efecto, el contenido de los preceptos que se incluyen en esta sección no responde en nada a lo que la rúbrica que los encabeza da a entender y que supondría, de corresponderse la regulación que se establece con ella, el establecimiento de una quiebra del personalismo material —no del formal— del acto de testar plasmado en el artículo 670 del Código Civil (78) —encontrando su correlato en el art. 830 del mismo Código Civil en tanto que, como regla general, excluye la dele-

(78) STS de 15 de octubre de 1990 [RJ 1990/7868]. En efecto, esto es así si por «comisario testamentario» se entiende, en palabras de J. ESCRICHE, *el sujeto a quien otro comete la facultad de hacer testamento en su nombre, otorgándole al efecto el correspondiente poder con las mismas solemnidades que se requieren para el testamento nuncupativo* (ESCRICHE, J., Voz «Comisario testamentario», en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de Rosa y Bouret, París, 1863, pág. 458). Sin embargo y sin poner en tela de juicio que es éste el significado técnicamente adecuado de testamento por comisario, no puede dejar de señalarse que algún prestigioso autor de principios del siglo xx utilizaba el término *comisario* para referirse al cónyuge a quien había sido delegada la facultad de mejorar en capitulaciones matrimoniales *ex* artículo 831 del Código Civil (VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. V, Valladolid, 1926 [3.^a edic.], pág. 292).

gación de la facultad de mejorar: «*la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro*»— (79), si bien, como enseguida veremos, la redacción vigente del artículo 831 del Código Civil introduce una nueva excepción a aquella regla general —largamente reivindicada por los autores que del Derecho Civil gallego— han tratado desde la Codificación a la LDCG de 1995 (80). En efecto, la expresión utilizada en la rúbrica de la sección de que vengo hablando significa, en su sentido prístino, la designación de una persona —el comisario— que haga testamento por otra —que lo ha designado a esos efectos—. Sin embargo, en el contenido, el legislador gallego de 1995 frustra las expectativas que aquel título despierta y lejos de recoger la institución a la que éste hace referencia (acogida y regulada en otros Derechos Civiles territoriales) (81), únicamente regula la delegación de la facultad de mejorar, de manera que al fiduciario, que necesariamente es el cónyuge supérstite, únicamente se le puede conceder la facultad de distribuir la herencia del cónyuge premuerto y, además, sólo entre los hijos comunes del testador y del viudo supérstite.

La supresión del testamento por comisario como consecuencia de la Codificación supuso una quiebra respecto al Derecho hasta entonces vigente en Castilla representado en este ámbito por la disposición contenida en la Ley 7.^a del Título V del Libro III del *Fuero Real* y en la Ley XXI de las de Toro (posteriormente acogida como Ley 1.^a, Título XIX del Libro X de la *Novísima Recopilación*) (82) que, a su vez, supusieron la introducción de

(79) Disposición que veda al testador el establecimiento de cláusulas testamentarias en las que se atribuya a cualquier otro sujeto, incluido el propio heredero mejorado, la facultad que a aquél otorga el artículo 829 del Código Civil de señalar la cosa cierta que haya de pagarse (STS de 18 de mayo de 1983 [RJ 1983/2846]).

(80) En especial, por tratarse quizá de los dos estudiosos del Derecho Civil propio de Galicia más representativos en los años intermedios del siglo XX, FUENMAYOR, bajo la significativa rúbrica de «*las piezas no acogidas en la Compilación*», contemplaba, entre ellas, la delegación de la facultad de designar *petrucio* a favor del cónyuge viudo que contaba, en la fecha en que fue escrita, con el único y, entonces, angosto cauce del artículo 831 del Código Civil en su redacción original y cuya previsión era deseable en orden a lograr la conservación indivisa de las unidades agrarias (vid. FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: «El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia», en *Foro Gallego*, 1967, pág. 278), y PAZ ARES (vid. PAZ ARES, J. C., *La Compilación de Derecho Civil especial de Galicia (Notas críticas)*, Salamanca, 1964, pág. 53). Sobre el testamento por comisario como fórmula testamentaria que habría de ser restaurada por ser conforme con los principios sociológicos propios del Derecho Civil gallego, vid. LORENZO FILGUEIRA, V., «Realidad e hipótesis de futuro del Derecho foral de Galicia», *op. cit.*, págs. 76 y 77.

(81) En especial en los artículos 32 a 48 de la LDCFPV, en los que se regula la delegación del poder testatorio al comisario; pero también, en una u otra medida, Leyes 281 a 288 de la CDCFN, bajo la forma de fiduciarios-comisarios; y en los artículos 18 a 21 de la CDCB, bajo la fórmula de heredero-distribuidor.

(82) De su aplicación en el momento temporal anterior al Código Civil nos dan cuenta, entre otros, JORDÁN DE ASSO y DEL RÍO, I./DE MANUEL y RODRÍGUEZ, M.,

una relevante novedad respecto al carácter personalísimo del acto testamentario que se acogió en *Las Partidas* (Ley 11 del Título III de la Partida 6.^a), herederas directas, también en esta materia del Derecho romano (D. 32, 5, XXVIII). En efecto, la precitada Ley contenida en el *Fuero Real* disponía que «*si alguno no quisiere ó no pudiere ordenar por si la manda que ficiere de sus cosas è diere su poder à otri, que el que la ordene, é dé, é la dé en aquellos lugares onde él tuviere por bien, puédalo facer: è lo que èl ordenare ò diere, vala asì como si lo ordenase aquel que diò el poder*». La disposición de los Reyes Católicos fijaba los límites del poder para testar y fijaba las facultades que podían atribuirse al comisario, siendo la cuestión más dudosa que surgía en su interpretación la relativa a la posibilidad de que éste, cuando se le ha facultado para nombrar heredero a una determinada persona, pudiese desheredar o mejorar si el testador no le hubiese indicado qué sujetos habían de serlo. La amplitud derivada de los términos excesivamente generales de la disposición contenida en el *Fuero Real* que amparaba abusos cometidos por el comisario se intentaron corregir con la norma contenida en la Ley XXXI de las de Toro. Sin embargo, su redacción abstrusa produjo numerosas dudas e incertidumbres entre los intérpretes de la misma que nunca fueron objeto de un entendimiento uniforme (83).

La institución de la delegación de la facultad de mejorar fue acogida en el Código Civil en su artículo 831, heredero de la previsión contenida en el artículo 663 del *Proyecto* de GARCÍA GOYENA, con la finalidad de hacer menos sensible a las provincias forales las innovaciones que el propio Código introducía en materia de legítimas (significativamente en relación con la libertad testatoria propia de Navarra) (84). Sin embargo, en la ver-

Instituciones del Derecho Civil de Castilla, Madrid, 1792 (5.^a edic.), págs. 113 y sigs. (edic. facsímil, Lex Nova, S.A., Valladolid, 1984); SALA, J. DE, *Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1820 (2.^a edic.), págs. 144 y sigs. (expresivamente inicia la exposición de esta cuestión con las siguientes palabras: «*En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro...*»); GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., «*Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*», T. III, *op. cit.*, págs. 204 y sigs.; DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala*, T. II, Valladolid, 1877, pág. 47 (en la que expresamente señala que para en el otorgamiento de poder para testar por comisario, han de observarse las mismas solemnidades exigidas por las leyes en los testamentos nuncupativo ó cerrado, según que para el otorgamiento del poder se haya preferido una ú otra de estas formas).

(83) Sobre esta cuestión y las respuestas doctrinales y jurisprudenciales que, en su momento, recibió, vid., entre otros, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., «*Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*», T. III, *op. cit.*, págs. 206 y sigs.; FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, Voz «*Derecho Civil de Galicia*», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. I, Ed. F. Seix, S.A., Barcelona, 1985, págs. 262 y sigs.

(84) GARCÍA GOYENA, F., «*Concordancias, motivos y comentarios del artículo 663*», en *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, *op. cit.*, pág. 357.

sión original del precepto del Código Civil precitado, vigente hasta que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, le dio la redacción vigente, la delegación de la facultad de mejorar únicamente podía ser pactada en capitulaciones matrimoniales y para el caso de delación sucesoria intestada del cónyuge premuerto a favor del supérstite que se mantenga en estado de viudedad y a favor de los hijos comunes, con los límites derivados del respeto a las legítimas y a las mejoras que el cónyuge premuerto pudiese haber ordenado en vida. Ciertamente el precepto constituía un angosto cauce en orden a posibilitar algún mecanismo mediante el cual el cónyuge supérstite pueda participar en la ordenación sucesoria del premuerto. Esta situación condujo a que en el ámbito notarial se acudiese a fórmulas imaginativas que permitiesen superar estas limitaciones. De su utilización nos da cuenta FUENMAYOR al señalar las *fórmulas notariales sobre designación indirecta de petrucio*. Estas fórmulas consistían bien en que el testador mejorase al hijo que, a su vez, lo fuese por el cónyuge supérstite —o designando directamente al hijo mejorado bajo reserva de confirmación por el cónyuge supérstite—, o bien en el establecimiento de la mejora a favor del hijo que se casase *para la casa petrucial* (85). Sin embargo, el TS, al amparo del carácter personalísimo del testamento *ex* artículos 670 y 830 del Código Civil, negando la eficacia de las costumbres gallegas tendentes a la protección de la indivisibilidad de la casa petrucial invocadas por el recurrente declaró la nulidad de la cláusula testamentaria en la que se establecía la mejora a favor del hijo que, a su vez, fuese mejorado por el cónyuge supérstite (STS de 16 de marzo de 1932 [RJ T. II 1932-33/965]), si bien en la anterior STS de 31 de enero de 1899 (CJ T. 86, § 35), argumentando sobre el espíritu del artículo 831 del Código Civil había sancionado la validez de una cláusula testamentaria en la que se establecía la mejora de tercio a favor de aquél de los nietos del testador que se case, con el consentimiento paterno, para la casa petrucial.

Es precisamente por razón de su fundamento y de su finalidad que la institución encaja plenamente con los principios informadores del Derecho Civil propio de Galicia en tanto que su fundamento radica en el fortalecimiento de la cohesión de la familia nuclear mediante la subrogación del viudo en la posición del *petrucio* (aspecto este que resulta con toda nitidez de la regulación gallega en tanto que elector del mejorado sólo puede serlo el cónyuge viudo que no haya contraído nuevas nupcias y elegido como

(85) Vid. FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, Voz «Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, págs. 257 y sigs. De la aplicación en Galicia, hasta la entrada en vigor del Código Civil, de las cláusulas testamentarias estableciendo la delegación de la facultad de mejorar nos da cuenta, a propósito de las costumbres de la comarca de Bergantiños, STOLLE Y ALVAREZ (vid. STOLLE Y ALVAREZ, V., «De la compañía gallega», en *RGLJ*, T. 68, 1886, pág. 57).

mejorado exclusivamente los hijos comunes de delegante y delegatario) a través de la potenciación de la autoridad del cónyuge viudo (86), al tiempo que persigue evitar la división de los patrimonios familiares —en especial de las explotaciones agrícolas, ganaderas o industriales— que puede tener lugar como consecuencia de división de la herencia realizada intempestivamente (87), constituyendo la delegación de la facultad de mejorar el complemento ideal de la mejora de labrar y poseer.

III.2. LA DELEGACIÓN AL CÓNYUGE VIUDO DE LA FACULTAD DE MEJORAR

III.2.A. *Designación y revocación*

III.2.A.a. Forma de la designación

El artículo 141 de la LDCG expresamente dispone que el nombramiento del cónyuge como delegatario de la facultad de mejorar que corresponde al premuerto puede realizarse en testamento o, *incluso*, en capitulaciones matrimoniales. Caso, este último, que no supone ninguna novedad respecto a lo previsto en el artículo 831 del Código Civil (ni siquiera en su redacción original) y tampoco supone una excepción al principio del personalismo —formal— del negocio testamentario sentado en el artículo 670 del Código

(86) En efecto, el paisano gallego valora la capacidad de trabajo y la vocación de cada uno de sus hijos en orden a elegir como «*vinculeiro*» al más indicado para hacerse cargo de la llevanza de la «*casa*». En este sentido, LORENZO FILGUEIRA escribe: «*En Galicia nuestros paisanos siempre demandan una fórmula testamentaria por la que "o que viva dos dous que sexa o dono de todo hasta que morra", con lo que se trataba de delegarle una facultad de testar, disponer y mejorar en la forma que considerase oportuna —o con límites— y que los juristas no podían atender por impedirlo las leyes patrias*» (LORENZO FILGUEIRA, V., «Realidad e hipótesis de futuro del Derecho foral de Galicia», *op. cit.*, pág. 77).

(87) FUENMAYOR defendía la conveniencia de conservar en Galicia las fórmulas de los dos tipos señaladas en el texto —la que subordina el nombramiento del mejorado a la condición de que se case para la casa, y la que faculta al padre o a la madre del posible petrucio para elegirlo en nombre del causante, resultando esta última indispensable en el caso de que el causante muera prematuramente sin haber podido designar al mejorado, por ser los descendientes de poca edad, fallezca después de dicho causante el que debe dar su consentimiento al casamiento para la casa del descendiente, sin haberlo podido dar tampoco, por la poca edad de todos los descendientes o por cualquier otra circunstancia— en orden a la designación de petrucio que permita la continuidad de la casa petrucial (FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, Voz «Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 261). En este sentido y con carácter y ámbito general, PEÑA señalaba que con esta institución se pretende dar mayor virtualidad a la voluntad del cónyuge supérstite previo encargo del causante y con la finalidad de lograr la indivisión de la herencia durante la menor edad de los descendientes (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La conservación de las unidades agrarias», en *ADC*, 1959, pág. 1014).

Civil (88). En concordancia con esta previsión, el artículo 113.2 de la LDCG prevé que las capitulaciones matrimoniales pueden contener cualquier estipulación relativa al régimen sucesorio y, en el inciso final del artículo 129 de la misma Ley, a propósito de la regulación del *pacto de mejora* (89), se alude expresamente a la delegación de la facultad de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales. En efecto, esta previsión puede formar parte del contenido del negocio capitular, con independencia del momento temporal en que aquéllas se hubiesen otorgado —antes o después de contraer matrimonio (recuérdese, en relación con el primer caso, que el art. 1.334 del Código Civil dispone la ineficacia de las capitulaciones otorgadas si transcurre más de un año desde este momento a aquél en que efectivamente se contraiga matrimonio)— y sin que sea exigible reciprocidad alguna en el nombramiento.

En el caso de que el negocio utilizado para nombrar al delegatario de la facultad de mejorar fuese el testamento, la disposición que nos ocupa puede formar parte del contenido de cualquier tipo testamentario —cualquiera que sea la forma testamentaria empleada (así resulta de la aplicación de los principios generales que rigen en materia de contenido del testamento, pero también, si alguna duda surgiese, de los antecedentes legislativos del art. 141 de la LDCG, constituidos por el art. 159.2 del texto articulado presentado al Parlamento de Galicia en 1991 por la autodenominada «*Comisión non permanente de Dereito civil de Galicia*» en el que expresamente se decía que la delegación de la facultad de mejorar podía contenerse *en testamento mancomunado o no*; al tiempo que no empece esta afirmación la previsión con la que se inicia del art. 136 de la LDCG, de la que ya me he ocupado, puesto que, como antes quedó expuesto, cuando dice que el testamento abierto podrá ser por comisario, ello no significa que necesariamente el llamado testamento por comisario sea un testamento abierto notarial)—.

La designación o el nombramiento como delegatario de la facultad de mejorar habrá de recaer necesariamente en el cónyuge del designante. El artículo 141 de la LDCG se refiere a éste como el cónyuge *no testador*. La expresión utilizada adolece de cierto grado de incorrección técnica por un doble motivo: porque la designación puede realizarse en capitulaciones matrimoniales y, fundamentalmente, porque parece que el nombrado no puede ser, a la vez, testador, lo que excluiría la posibilidad de delegar la

(88) En este sentido, vid. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor a través de tercero*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 100; *ibidem*, «Dos temas de reflexión en torno al “testamento por comisario” de la Ley de Derecho Civil foral del País Vasco», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor J. L. Lacruz Berdejo*, vol. II, J. M.^a Bosch, Ed., Barcelona, 1993, pág. 889.

(89) Vid. BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 2001, págs. 247 y sigs.

facultad de mejorar en testamento mancomunado, lo que no parece razonable ni justificado, puesto que el testamento mancomunado constituye un instrumento idóneo para establecer esta previsión recíprocamente o no. Por ello sería más adecuado que el precepto estableciese la posibilidad de designar al *cónyuge del testador*, y por ello también hemos de compartir el juicio de PÉREZ ALVAREZ al respecto, en el sentido de que teniendo aquella expresión su origen en una defectuosa adaptación de la previsión realizada en el texto propuesto en 1991 por el *Consello da Cultura Galega* (en el que se hablaba del «*cónyuge do testador*»), no permite fundar en ella únicamente la exclusión del testamento mancomunado como instrumento idóneo para formalizar la delegación de la facultad de mejorar (90).

III.2.A.b. Revocación de la designación realizada

Si la designación del cónyuge como delegatario de la facultad de mejorar ha sido realizada en testamento, su revocación se regirá por las normas generales de revocación de las disposiciones testamentarias. Por lo tanto, dado el carácter esencialmente revocable del testamento, la revocación de aquella previsión podrá realizarla el delegante, utilizando cualquiera de los medios de revocación de los testamentos. En aplicación de estos principios generales resulta que si en un testamento se prevé la delegación de la facultad de mejorar y en uno posterior no se dispone nada al respecto, la aplicación de la disposición contenida en el artículo 739 del Código Civil implica que aquella previsión queda también revocada por el testamento ulterior perfecto; si bien no faltan entre los autores gallegos quienes pretenden flexibilizar en este aspecto el rigor de aquel precepto con apoyo en el último inciso del propio artículo 141 de la LDCG cuando dispone expresamente el respeto a las legítimas y mejoras que instituya el propio causante delegante (91).

En el caso de que la delegación se haya instrumentado en capitulaciones matrimoniales, la revocación de aquella previsión exigirá los mismos requisitos que se requieren, de acuerdo con las reglas generales, para la modificación de este negocio jurídico. Como es sabido, la modificación del nego-

(90) PÉREZ ALVAREZ, M. A., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1116. La libertad de la forma testamentaria utilizada es compartida por la generalidad de la doctrina que sobre esta cuestión se ha pronunciado, vid. también, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», en *Derecho de sucesiones de Galicia*, *op. cit.*, pág. 146; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, *op. cit.*, pág. 275.

(91) En este sentido, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 147.

cio capitular exige la concurrencia de voluntades de los otorgantes del mismo —en otras palabras, exige el concurso de voluntades de los cónyuges intervinientes— (art. 1.331 del Código Civil) y el uso de la misma forma pública que se exige para el otorgamiento. En efecto, la aplicación de la previsión contenida en el artículo 1.331 del Código Civil implica que necesariamente haya de concurrir el concurso de voluntades de los cónyuges otorgantes para poder modificar aquella delegación, de manera que la aplicación de este precepto determina la irrevocabilidad de la delegación de la facultad de mejorar en el caso de que el delegatario se niegue a otorgar capitulaciones modificativas. En este caso, el cónyuge delegante aunque lo desee no puede revocar aquella designación formalmente, viéndose constreñido a acudir al expediente de dejar sin contenido material aquella delegación mejorando y distribuyendo todos sus bienes en el testamento que otorgue (92). Una interpretación posibilista y plausible ha sido ensayada desde el notariado gallego, permitiendo que la delegación sea destruida, aun habiendo sido otorgada en capitulaciones matrimoniales, por la sola voluntad del cónyuge delegante, dada la identidad de razón que existe entre este supuesto y aquél en que se establece en testamento, caso en el que puede destruirse mediante el otorgamiento de un testamento posterior (93). En el Derecho Civil territorial común, Díez-PICAZO y GULLÓN sostienen que el poder es revocable libremente por el cónyuge otorgante, tanto si lo ha hecho en testamento como en capitulaciones matrimoniales, pues en este último caso no hay por qué seguir las reglas establecidas para su modificación al no ser aquélla una estipulación relativa al régimen económico-matrimonial (94).

En el caso de que exista un testamento anterior a la fecha de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en las que se contiene la delegación de la facultad de mejorar, esta delegación quedará vacía de contenido, salvo que se trate del supuesto de partija de la herencia otorgada en documento público posterior a aquél testamento (95).

(92) Esta solución es la que propone, siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al art. 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* [dirigidos por M. Albaladejo], T. XI, EDESA, Madrid, 1982 [2.^a edic.], pág. 408), PÉREZ ALVAREZ, M. A., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1120.

(93) CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 147.

(94) Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Ed. Tecnos, Madrid, 1997 (7.^a edic.), pág. 469.

(95) CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 148.

III.3. CONDICIONES SUBJETIVAS DEL DELEGATARIO

De acuerdo con lo ya dicho, el delegatario de la facultad de mejorar habrá de ser necesariamente cónyuge del delegante. Esta exigencia, que es común al Derecho Civil territorial común y al propio de Galicia, hunde sus raíces en la necesaria confianza que funda la delegación y que se vincula a la *affectio maritalis*. El tenor de los artículos 141 de la LDCG y 831 del Código Civil excluye la posibilidad de delegar la facultad de mejorar entre integrantes de una pareja de hecho (96).

No se requiere que el cónyuge delegatario sea usufructuario universal de la herencia. Es evidente que si lo es también puede concurrir en él la titularidad de la facultad que nos ocupa y en este sentido exclusivamente ha de entenderse la mención extemporánea que a la facultad de mejorar en el cónyuge supérstite usufructuario universal de la herencia se realiza en el pf. 2.º del artículo 159 de la LDCG, al tiempo que se previene que, como en este caso no existen intereses contrapuestos, el cónyuge usufructuario universal puede ser designado contador-partidor de la herencia de su difunto consorte; pero esto no significa, en ningún caso, que sólo si es usufructuario universal (*ex arts. 118 y sigs. de la LDCG*) puede recibir aquella delegación.

Se exige, por lo tanto, la preexistencia de un vínculo matrimonial válido entre delegante y delegatario. En consecuencia, el nombramiento decae en los casos de nulidad y de divorcio. De aquí también que, como subsiste el vínculo, la separación judicial (por supuesto, tampoco la de hecho) no afecta al mantenimiento de la eficacia de la delegación. Sin embargo es claro que en estos casos ha quebrado el principio de confianza entre delegante y delegatario que funda aquella delegación y, por ello, acaso sea conveniente pensar en posibilitistas soluciones que no resultan del tenor literal de los preceptos reguladores de esta categoría, pero sí de otros que pueden ampararlas fundadamente. En esta dirección algunos autores (97) han propuesto

(96) En el ámbito de los estudiosos del Derecho Civil propio de Galicia, se han mostrado decididamente partidarios de la equiparación, a efectos de ser delegatario de la facultad de mejorar, del conviviente *more uxorio* supérstite al cónyuge viudo, CORRA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, págs. 148 y 149; frente al parecer en contra que preconiza PÉREZ ALVAREZ amparándose en las presuntas dificultades técnicas que ello provocaría en un Ordenamiento en el que no existe un concepto normativo de «pareja de hecho» (vid. PÉREZ ALVAREZ, M. A., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1103, nota núm. 48). Argumento este último sobre el que volveré en el último de los epígrafes de esta exposición. Sobre el asunto que nos ocupa, mantiene una posición ecléctica BELLO JANEIRO, reconociendo que se trata de una opción de política legislativa (vid. BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 251, nota núm. 65).

(97) En el Derecho Civil territorial común, entre otros, Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *op. cit.* (7.ª edic.), pág. 469.

la aplicación al caso del artículo 102.2.º del Código Civil en el que, amparándose en la desaparición del fundamento fiduciario que los justificaba, se previene que la simple admisión judicial de la demanda de separación determina automáticamente la revocación de todos los poderes y consentimientos que los cónyuges se hubiesen otorgado entre sí. Puesto que aquel fundamento desaparece también con la separación de hecho, parece razonable sostener que, aunque *prima facie* de la letra de la ley no resulte esta solución, tanto la separación de hecho, como la judicial, provoquen la revocación *ipso iure* de la delegación que se convertirá en definitiva cuando haya sentencia estimatoria de la separación, del divorcio o de la nulidad (al igual que sucede *ex pf.* 2.º del art. 106 del Código Civil con los demás poderes y consentimientos que se hayan otorgado entre sí los cónyuges constante el matrimonio). Con amparo también en el artículo 106 del Código Civil, podría sostenerse también que la simple admisión de la demanda de separación, de divorcio o de nulidad se produce la revocación de la atribución de aquella delegación, a la espera del resultado del pleito. Si bien ha de reconocerse que la interpretación sostenida puede ser discutida *de lege data*, de lo que creo que no cabe dudar es de la aplicación analógica del artículo 835 del Código Civil en aquellos supuestos en los que el fallecimiento del cónyuge delegante sobreviene estando pendiente pleito de divorcio o de nulidad, en cuyo caso aquel precepto previene en orden a determinar si el cónyuge supérstite conserva derechos sucesorios *abintestato* en el caso de existir demanda de separación judicial, que habrá de esperarse al resultado del mismo, siendo esta una solución generalizada en las legislaciones territoriales comparadas en relación con los derechos sucesorios del cónyuge supérstite (así, como ejemplo ilustrativo, puede tomarse en consideración la previsión contenida en el *pf.* 2.º del art. 381.1.º del CSCM de Cataluña a propósito de la regulación de los supuestos en los que el cónyuge supérstite no tendrá derecho a reclamar la *cuarta vidual*).

Acaso aquella razón en la que se sitúa el fundamento de la institución es la que justifica también que, tanto en la LDCG, como en el Código Civil, el hecho de que el cónyuge supérstite permanezca en estado de viudo se establezca como condición subjetiva cuya no concurrencia determina la pérdida de la facultad que le ha sido atribuida. En efecto, si el viudo delegatario contrae nuevas nupcias pierde la facultad de mejorar (último inciso del art. 142 de la LDCG). Similar es la regulación que se contiene en el artículo 159.3 de la LDCG, en el que se prevé que el cónyuge al que le haya sido atribuida la facultad de realizar la partición de la herencia, haya sido nombrado contador-partidor o le haya sido delegada la facultad de mejorar, sólo podrá ejercitar las facultades que tales designaciones conllevan mientras que permanezca en estado de viudedad. Sin embargo, como es únicamente el estado civil de viudo el que se tiene en cuenta en orden a

mantener o perder la titularidad de la facultad de mejorar, se da la paradoja de que el hecho de que el viudo conviva *more uxorio* con otra persona no determina aquella consecuencia, siendo un supuesto éste en el que a todas luces concurren las mismas razones que justifican ésta. Es por esta razón por la que resultan más adecuadas previsiones como las contenidas en el artículo 48.4 de la LDCFPV en el que, a propósito de la extinción del poder testatorio atribuido al cónyuge supérstite en testamento por comisario, se previene la extinción del mismo, además de cuando contraiga ulteriores nupcias, cuando *lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial*, de manera que se incluyen las uniones no matrimoniales como causa de extinción de aquella atribución también basada indudablemente en la confianza recíproca entre los cónyuges.

Precisamente la lectura del precepto citado de la LDCFPV nos pone en la pista de una cuestión no resuelta expresamente por el legislador gallego, aunque sí por el vasco, resultando de la previsión expresa de éste y del silencio de aquél, soluciones opuestas. Se trata de la posibilidad de que expresamente el cónyuge delegante dispense de la interdicción de contraer nuevas nupcias que recae sobre el cónyuge supérstite si quiere conservar la facultad de mejorar. El legislador vasco expresamente ha dispuesto que en el testamento por comisario la extinción del poder testatorio como consecuencia de las nuevas nupcias por el viudo comisario puede dispensarse mediante previsión expresa en contrario —el nombramiento subsista pese a las nuevas nupcias— (art. 48.4 de la LDCFPV). En el caso gallego no existe tal previsión, de manera que la presunción del legislador de que las nuevas nupcias perjudican —o pueden perjudicar— la labor del delegatario, defraudando de alguna manera la confianza en él depositada por el causante, justifica que en todo caso el matrimonio ulterior del cónyuge delegatario extingue la delegación si es que ésta no se ha ejercitado con anterioridad a estas nuevas nupcias. Se trata de una norma de carácter imperativo (98) y por lo tanto no es susceptible de derogación negocial singular. De esta naturaleza de la norma que nos ocupa no parece haber duda —otra cosa es que

(98) Con carácter general puede decirse que la naturaleza imperativa de este tipo de normas que determinan la extinción de un poder fiduciario encomendado al viudo se explica fácilmente en aquellas en las que se atribuyen al fiduciario o al comisario amplias facultades (es el caso, *v.gr.*, de los Derechos civiles propios de Aragón y del País Vasco), en virtud de las cuales se le posibilita que los bienes respecto de los que puede ejercitarlas reviertan en personas que no forman parte del núcleo familiar integrado por el causante delegante y el propio supérstite. Sin embargo, aun en aquellos Derechos civiles territoriales en los que esto es así se permite que mediante disposición expresa del cónyuge causante, se permita al supérstite contraer nuevas nupcias sin que ello determine la extinción de las facultades fiduciarias que le hayan sido encomendadas —arts. 28.4 de la LDCFPV y 147.e) de la LSCMA—.

fuese deseable que revistiese otro carácter (99)— y ello fundamentalmente porque cuando el legislador gallego ha querido que los efectos de una determinada previsión fuesen disponibles convencionalmente así lo ha establecido expresamente [es el caso significativo de la previsión contenida en el art. 127.b) de la LDCG, a propósito de la extinción del usufructo viudal universal por nuevo matrimonio, causa respecto de la que admite expresamente *pacto o disposición en contrario*].

En lo que sí parece haber acuerdo doctrinal es que no resulta aplicable a la extinción de la delegación de la facultad de mejorar la causa contemplada en la letra d) del artículo 127 de la LDCG como causa de extinción del usufructo viudal: el *grave y reiterado incumplimiento de los deberes familiares*.

III.4. EJERCICIO DE LA FACULTAD DELEGADA

III.4.A. *Carácter personalísimo de la facultad delegada*

Se trata de una facultad personalísima en virtud del fundamento que la justifica. Es por ello que no cabe subdelegación o subfiducia por el viudo delegatario (así se previene expresamente en el inciso 1.º del art. 142 de la LDCG), quien tampoco puede designar contador-partidor de la herencia, aunque en su función sí puede auxiliarse con técnicos en la materia o peritos, fundamentalmente en orden a la realización de algunas actuaciones que exigen determinados conocimientos especializados, como son fundamentalmente la realización del inventario de los bienes sobre los que cabe el ejercicio de la facultad de mejorar y el imprescindible avalúo o tasación de los mismos. Por la misma razón la facultad no es susceptible de integrar el patrimonio hereditario del delegatario transmisible *mortis causa*, aunque, como veremos, sí es susceptible de ser ejercitada mediante negocio jurídico con eficacia *mortis causa*.

Existiendo viudo delegatario de la facultad de mejorar y no habiendo concurrido causa alguna que determine la extinción de esta delegación, los herederos mayores de edad o menores emancipados no pueden acudir a la vía que para distribuir la herencia de su causante común les habilita el artículo 164 de la LEC y cuya posibilidad determinaría el dejar sin contenido objetivo la facultad delegada.

(99) En este sentido se han pronunciado, v.gr., CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 151.

III.4.B. *Contenido objetivo de la facultad de mejorar*

III.4.B.a. Elenco de facultades ínsitas en la de mejorar

El artículo 141 de la LDCG dispone que el viudo delegatario puede distribuir, en el ejercicio de la facultad que le ha sido delegada, los bienes del difunto y mejorar con ellos, *a su prudente arbitrio*, con el límite constituido por el respeto a las legítimas y a las mejoras que hubiese constituido el causante, a cuyos efectos podrá señalar los bienes integrantes de la herencia del causante que habrán de integrar la cuota hereditaria de cada uno de sus sucesores. En consecuencia las facultades del viudo delegatario son más amplias que las propias de un mero contador-partidor, actuando en la distribución de la herencia como podría haberlo hecho el propio delegante de acuerdo con la previsiones sobre la partición de la herencia realizada por el propio testador contenidas en el artículo 157 de la LDCG y no solamente con las facultades que al contador-partidor designado por el testador atribuye el artículo 159 de la misma LDCG en la partición de la herencia. En consecuencia, integran el haz de facultades del viudo delegatario de la facultad de mejorar las siguientes:

1.^a) Ejercicio de la facultad prevenida en el artículo 130 de la LDCG en orden a conservar indivisa la explotación agrícola, fabril, industrial o comercial, adjudicando íntegramente el *lugar acasariado* o la explotación económica de que se trate a cualquiera de los hijos o descendientes. Esta facultad se complementa con la de pagar las legítimas en metálico, lo que podrá hacer, además de en el caso que nos ocupa (el previsto en el art. 130 como corolario del derecho de labrar y poseer), en todos los supuestos enunciados en el artículo 149.1 de la LDCG: cuando el causante así lo disponga expresamente; lo acuerden convencionalmente el legitimario y el obligado al pago y en el caso de que así se acuerde en el pacto de mejora. En efecto, el fundamento de la delegación de la facultad de mejorar aboga porque la posibilidad de pago en metálico de la legítima se admita en supuestos distintos a los prevenidos expresamente en aquel precepto, pues los poderes del viudo se equiparan, en el caso de la delegación de la facultad de mejorar, a los del testador y se someten a las mismas reglas (100).

2.^a) Adjudicación a alguno de los herederos de bienes por un valor que no se corresponda con la cuota de participación en la herencia que le

(100) Para el ámbito del Derecho Civil territorial común, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 134 y 135. En sentido contrario, SECO CARO, E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960, pág. 189, nota núm. 1.

haya sido atribuida en el testamento, de acuerdo con la previsión que para el caso de la partición realizada por el propio testador se contiene en el artículo 158 de la LDCG.

3.^a) Si el cónyuge delegante no ha instituido herederos, el viudo delegatario puede atribuir los bienes a título de herencia o de legado, de manera que, en este caso, dentro de sus facultades se integra la de instituir herederos (101).

De lo expuesto se deriva con claridad que el cónyuge delegatario únicamente recibe del causante una titularidad de disposición sobre los bienes en los que puede mejorar o distribuir entre los hijos comunes (102). Es por ello que su posición jurídica es subsumible en el supuesto contemplado en el pf. 4.º del artículo 20 de la LH, de manera que, de acuerdo con las prescripciones de éste, no es necesaria la inscripción o anotación registral a favor del mismo, como persona que *con carácter temporal actúa como órgano de representación y dispone de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes*. Mientras el cónyuge supérstite no ejercite la facultad de mejorar o de distribuir los bienes, los sucesores del causante delegante no adquieren el poder de disposición sobre los bienes hereditarios, sino que tienen una mera expectativa sobre los mismos (RDGRN de 11 de marzo de 1929) (103).

Entre las facultades que no puede ejercitar el cónyuge supérstite delegatario merece ser recordada la improcedencia de que por sí mismo liquide la sociedad de gananciales, habiendo de concurrir a este acto necesariamente los herederos del cónyuge premuerto, acudiendo, si es el caso, al procedimiento contemplado en los artículos 806 a 811 de la LEC/2000 para la liquidación del régimen económico-matrimonial.

(101) En este sentido, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 154.

(102) Expresión utilizada por ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Designación de sucesor a través de tercero», *op. cit.*, pág. 129. La RDGRN de 18 de diciembre de 1916 [CJ T. 138, § 142] ha declarado que el cónyuge viudo sobre quien recae la facultad de mejorar o distribuir los bienes, no tiene titularidad alguna sobre los mismos, que pertenecen colectivamente a los hijos comunes, aunque la determinación de la porción abstracta que a cada uno de éstos haya de corresponderle está sometida «a la potestad conferida a la viuda de distribuir los bienes como mejor le plazca».

(103) En efecto, respecto a si los coherederos pueden enajenar su cuota o bienes concretos de la herencia, la DGRN en Resolución de 11 de marzo de 1929 [CJ T. 188, § 64] consideró que «la expectativa correspondiente a los hijos, entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compraventa como vendedores de las fincas que con el tiempo y mediante la declaración del cónyuge supérstite le han de pertenecer».

III.4.B.b. Bienes sobre los que puede ejercitarse

En orden a dar respuesta a la cuestión atinente a qué bienes puede distribuir el viudo delegatario, el artículo 141 de la LDCG no nos proporciona elementos que permitan una solución perfectamente cerrada. En efecto, en este precepto únicamente se dice que al cónyuge supérstite puede atribuírsele la facultad de mejorar al objeto de que pueda distribuir *los bienes del difunto*, a lo que añade expresamente que puede también *mejorar en ellos* a los hijos comunes. Con ello lo que se quiere significar es que el delegatario puede realizar distribuciones desiguales de los bienes del causante entre sus hijos y descendientes, quedando únicamente limitada su facultad distributiva por las mejoras y demás disposiciones expresas realizadas por el propio causante y por la necesaria distribución igualitaria del tercio de legítima estricta. Es esta la interpretación más adecuada de acuerdo con la *ratio* del precepto que no es otra, como queda dicho, que potenciar la autoridad del viudo en orden a mantener la cohesión del núcleo familiar, permitiéndole realizar la distribución de los bienes hereditarios de la forma más favorable para el patrimonio familiar. Frente a ella, se ha preconizado por un reducido grupo de autores que se pronuncian sobre el artículo 831 del Código Civil, tanto en su redacción original, como en la vigente, que la facultad de mejorar del cónyuge viudo sólo se refiere al tercio de mejora, de manera que, a falta de disposición expresa del causante, el tercio de libre disposición habría de distribuirse de acuerdo con las normas propias de la sucesión intestada (104).

III.4.C. Ambito subjetivo de ejercicio

De acuerdo con el tenor literal del artículo 141 de la LDCG, cuya redacción está recogida directamente del artículo 831 del Código Civil en este aspecto, el viudo puede ejercitar la facultad de mejorar y distribuir los bienes respecto de los hijos comunes habidos entre él mismo y el causante delegante, y ello con independencia de que puedan existir otros hijos del cónyuge delegante o del propio cónyuge supérstite delegante. Esta precisión no resulta discutible. Más problemático resulta determinar si con la expresión *hijos comunes* utilizada se están comprendiendo también como posibles

(104) En este sentido, sobre la redacción original del artículo 831 del Código Civil, SÁNCHEZ-ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 2.º, Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1910, pág. 88 y sigs.; y, vigente la redacción actual, LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. 7.º (*Derecho de sucesiones*), Ed. Trivium, S.A., Madrid, 2001 (2.ª edic.), pág. 270.

destinatarios de las atribuciones realizadas en el ejercicio de la facultad de mejorar delegada, a los descendientes comunes de ulterior grado, aun viviendo los de grado intermedio. La respuesta adecuada exige distinguir tres posibles supuestos distintos, prescindiendo de la interpretación literalista de la expresión (105):

1.º) En el caso de que haya premuerto el descendiente común de grado intermedio (es el caso de los nietos en el supuesto de que haya fallecido su progenitor que tuviese la condición de hijo del delegante y del delegatario), los descendientes comunes de grado ulterior pueden ser destinatarios de la mejora realizada por delegación, pues representan en la herencia del causante a su ascendiente premuerto (106).

2.º) En el caso de que vivan los progenitores del descendiente común de grado ulterior (vive el padre/madre, que tienen la condición de descendiente común, del nieto que pretende mejorarse por su ascendiente —abuelo/a— delegatario/a) la respuesta no ha concitado la opinión unánime de la doctrina, a diferencia de lo que sucede en el caso anterior. En efecto, si bien el carácter excepcional —mejor sería decir, especial— de la norma contenida en el precepto que nos ocupa milita como argumento en contra de la admisión del ejercicio de la facultad de mejorar delegada a su favor, existen argumentos, a mi juicio decisivos, que fundan una respuesta afirmativa a

(105) Interpretación literalista sostenida por un reducido grupo de autores, entre los que se encuentran, SÁNCHEZ-ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 1219; ALPAÑES, E., «La delegación de la facultad de mejorar», en *RGLJ*, núm. 194, 1953, pág. 307.

(106) En efecto, incluso aquellos autores que interpretan la expresión *hijos comunes* del artículo 831 del Código Civil, en el sentido más restrictivo de los que es susceptible, admiten la posibilidad de ejercicio de la facultad de mejorar por el delegatario de la misma a favor de los descendientes de los hijos comunes premuertos. En este sentido se ha pronunciado en la literatura jurídica reciente, MILLÁN SALAS, F., *Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, EDIASA, Madrid, 1999, págs. 97 a 100. Se une así este autor a aquella corriente doctrinal encabezada por la opinión de un autor que le aporta grandes dosis de autoridad como es LACRUZ (vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V [*Derecho de sucesiones*], J. M.ª Bosch Ed., Barcelona, 1993 [5.ª edic.], pág. 382 [§ 65.314]), que considera que en la expresión *hijos comunes* del artículo 831 del Código Civil deben comprenderse a los descendientes de los hijos comunes pero sólo cuando no existen descendientes de primer grado y en la que también militan, entre otros, F. ORTEGA LORCA (Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado...*, T. XIV, Ed. Reus, Madrid, 1944 [4.ª edic.], págs. 599 y sigs.), SECO CARO (SECO CARO, E., «Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo», *op. cit.*, pág. 152), PUIG BRUTAU (PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. 3.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1964, págs. 65 y sigs.) y, aunque éste de forma titubeante, SANZ URANGA (SANZ URANGA, F., «La nueva interpretación del artículo 831 del Código Civil», en *RDN*, núm. 92, 1976, pág. 392).

la cuestión suscitada (107): 1.º) En el tenor literal de la expresión «*hijos comunes*» cabe con naturalidad la inclusión de los descendientes comunes de ulterior grado; 2.º) En el caso de que el causante delegue en el cónyuge superviviente la facultad de realizar la partición de la herencia, nombrándole contador-partidor, puede además delegar la facultad de mejorar y, en este caso, el propio legislador gallego (art. 159.2 de la LDCG) explicita que podrá mejorar a los hijos o descendientes comunes; 3.º) De igual manera, a propósito de la regulación del pacto de mejora en la LDCG, se prevé expresamente que puede ser objeto del mismo la mejora a favor de cualquiera de los hijos o descendientes, pudiendo pactarse entre los cónyuges en capitulaciones matrimoniales la delegación de la facultad de mejorarlos (arts. 128 y 129 de la LDCG); 4.º) El nieto es, con carácter general, mejorable viviendo sus padres (los descendientes de grado ulterior son mejorables aun cuando no sean legitimarios); 5.º) Por último, el canon histórico de interpretación conduce a este mismo resultado. En efecto, si se tienen en cuenta los precedentes históricos del artículo 831 del Código Civil, del que, como venimos repitiendo, el artículo 141 de la LDCG no es sino mera reproducción, se observa que se trata de una reproducción casi literal del artículo 633

(107) Asumida en el Derecho Civil propio de Galicia por autores que siguen la generalizada, aunque no sin importantes excepciones, entre otros, por CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 152; PILLADO MONTERO, A., «Los pactos sucesorios en la LDCG», en *RXG*, núm. 13, 1996-2.º, pág. 50; PÉREZ ALVAREZ, M. A., «Comentarios a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, págs. 1111 a 1113; BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 253. En efecto, la opinión generalizada en la doctrina gallega concuerda con la también mayoritaria en el ámbito del Derecho Civil territorial común que se pronuncia a propósito del artículo 831 del Código Civil; MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª, *Comentario del Código Civil español*, T. VI, vol. 1.º, Ed. Reus, Barcelona, 1973, pág. 827; SECO CARO, E., «Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo», *op. cit.*, págs. 200 y sigs.; DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa*: II. Sobre el artículo 831 del Código Civil», en *ADC*, T. XVIII, 1965, pág. 894; GARRIDO DE PALMA, V. M., «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», en *Libro homenaje a R. M.ª Roca Sastre*, Madrid, 1977, págs. 379 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.* (2.ª edic.), pág. 419; Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *op. cit.* (7.ª edic.), pág. 469; REY PORTOLÉS, J. M., «Comentario a “vuela pluma” de los artículos de Derecho sucesorio reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *RCDI*, 1982, págs. 586 y 587; DOMÍNGUEZ RODRIGO, M., «El artículo 831 del Código Civil ante la doctrina de la *ratio decidendi*», en *RGD*, 1983, págs. 973 y 974; ALBALADEJO GARCÍA, M., «La mejora del nieto», en *Act. Civ.*, 1997, 4, págs. 947 y sigs.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil español* (I. Sierra Gil de la Cuesta, dir.), T. IV, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 700; ZURILLA CARINANA, M.ª A., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 987.

del Proyecto de Código Civil de 1851. Pues bien, en el comentario de este precepto realizado por GARCÍA GOYENA, éste pone de relieve que con él se trata de aproximar la legislación castellana a la *foral*, de manera que los antecedentes del mismo estarían más próximos al testamento por comisario de las legislaciones *forales* que al propio del Derecho castellano (108). Este dato cobra radical importancia en tanto que la amplitud de las facultades del comisario en aquél son de mayor amplitud, siendo posible que designe heredero entre los descendientes del testador y no sólo entre sus hijos. Podría argumentarse también sobre los datos suministrados por el Derecho interregional comparado vigente, en los que la posibilidad que nos ocupa se admite expresamente (v.g., art. 164.3 de la LDCFPV a propósito del testamento por comisario). Es por estas razones que los argumentos históricos, como señalara MENÉNDEZ-VALDÉS, pugnan a favor de la interpretación amplia en este aspecto del precepto que nos ocupa (109).

En el caso de que concurren hijos comunes del causante delegante y del cónyuge superviviente delegatario con hijos de aquél exclusivamente, la facultad del viudo subsiste pero únicamente en relación con el caudal hereditario atribuido por el propio testador, o tras la realización de las oportunas operaciones particionales, a los hijos comunes.

III.4.D. *Momento de ejercicio*

También en este aspecto, al igual que se prevé en el artículo 831 del Código Civil, el legislador gallego prescribe que para determinar el plazo en el que el cónyuge delegatario habrá de ejercitar su función se estará, en primer lugar, en caso de haberla, a la previsión expresa que en este sentido pueda haber realizado el causante (art. 143 de la LDCG). Se trata de una previsión que revela el pleno carácter dispositivo de esta precisión por el causante, sin que existan otras limitaciones legales respecto de la fijación de este plazo, de donde se deriva que la delegación pueda tener carácter vitalicio, pues con ella no se infringe el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima en tanto en cuanto cada uno de los legitimarios puede recla-

(108) En efecto, GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias motivos y comentarios...*, al artículo 663 de su Proyecto de Código Civil (*op. cit.*, pág. 357) señala que «*el amor de padre ó madre, el mas puro é intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción. Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados*».

(109) MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E., *Las particularidades de Derecho patrimonial en el Noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código Civil (Comentario al texto foral)*, Becerreá, 1964, pág. 194.

mar su legítima. La atribución con carácter vitalicio de la delegación de la facultad de mejorar no supone tampoco una contravención de lo establecido en el artículo 1.051 del Código Civil, pues con ella no se obliga a ninguno de los coherederos a permanecer en la comunidad hereditaria indivisa.

En defecto de voluntad expresa del delegante fijando el plazo de ejercicio de la facultad de mejorar por su cónyuge supérstite, supletoriamente se establece el plazo de un año contado desde el momento de la apertura de la sucesión y, para el caso en que haya hijos comunes menores —parece que en este caso esta expresión ha de identificarse exclusivamente con los descendientes comunes de primer grado—, desde el momento de la emancipación del último de ellos.

Pendiente el ejercicio de la facultad de mejorar delegada, se suscita la cuestión atinente a la administración y llevanza en general del caudal relicto. En el caso de que el cónyuge delegatario tenga, además, la condición de usufructuario universal de la herencia, la administración de los bienes hereditarios le corresponderá a él (110). Si éste no es el caso, los herederos «presuntos» administrarán los bienes hereditarios de acuerdo con las normas reguladoras de la comunidad de bienes. El problema que se suscita en estos casos es que como todavía no hay fijación de cuotas hereditarios a los distintos sucesores, no es posible determinar cuando se reúne el consenso de la mayoría de los copartícipes, en el caso de que no requiera la unanimidad —en este caso LACRUZ ha propuesto la utilización como criterio de la cuota que a cada sucesor correspondería si la herencia se defiriese *abintestato*— (111). En este último caso, la única solución proviene de la posibilidad de designar un administrador de la herencia. Los frutos que los bienes hereditarios produzcan en este intervalo temporal se incorporan al caudal partible (112).

En todo caso, si tras el fallecimiento del delegante y antes de que el cónyuge supérstite ejercite la facultad delegada, muere uno de los hijos comunes de ambos y su progenitor se convierte en su heredero, lo que sucederá siempre que muera intestado, soltero, viudo, divorciado o separado y sin descendientes, la delegación decae, pues en estos casos surgiría un

(110) Al igual que sucede en el caso de que se aplique la norma del Derecho Civil territorial común, si el cónyuge fiduciario es usufructuario de toda la herencia al amparo de la previsión contenida en el pf. 3.º del artículo 820 del Código Civil o de una *cautela Socini* dispuesta testamentariamente. En este sentido, expresamente ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones*, T. II, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 1997 (2.ª edic.), pág. 257.

(111) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», T. V, *op. cit.* [5.ª edic.], pág. 383 [§ 65.314]).

(112) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», T. V, *op. cit.* [5.ª edic.], pág. 383 [§ 65.314]).

evidente conflicto de intereses entre el cónyuge supérstite delegatario y los restantes posibles beneficiarios de la herencia del causante delegante y ello con independencia de que los bienes recibidos *iure hereditatis* por el viudo sean objeto de una reserva lineal a favor de los hijos comunes supérstites, *ex* artículo 811 del Código Civil (113).

III.4.E. *Modo de ejercicio*

La mejora —y/o distribución— puede ejercitarla el cónyuge viudo delegatario tanto mediante actos de eficacia *inter vivos* —y ello aunque la rúbrica que encabeza los arts. 141 a 143 de la LDCG pudiese hacer pensar *prima facie* en la imposibilidad de este tipo de negocios, el último de estos preceptos lleva a pensar que, también en el Derecho Civil de Galicia, éstos serán habituales para el ejercicio de la facultad delegada—, como *mortis causa* (114). En el primer caso cabe que la ejercite en un solo acto o que lo haga sucesivamente y, en el segundo, es posible su ejercicio a través de pactos sucesorios como el de mejora (*ex* art. 128 de la LDCG) o en el testamento del propio delegatario. En el caso de que el delegatario muera sin ejercitar su facultad, se abrirá la sucesión intestada del premuerto o se diferirá la herencia a los llamados en el testamento del cónyuge delegante. Esto mismo sucederá en el caso en que el delegatario haya ejercitado la facultad de mejorar en un testamento posteriormente revocado por otro en el que no ejercita aquella facultad.

III.5. TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES DE LOS BIENES HEREDITARIOS QUE SON OBJETO DE LA FACULTAD DE MEJORAR DELEGADA

A falta de una norma expresa, tanto en la Ley reguladora del impuesto de sucesiones (Ley 29/1987, de 18 de diciembre), como en su Reglamento, que contemple la situación creada cuando se atribuye al cónyuge supérstite la facultad de mejorar a los descendientes comunes a efectos de tributación en este impuesto de la transmisión *mortis causa* de los bienes integrantes de la herencia del delegante, por el notariado gallego se ha preconizado la

(113) DÍAZ FUENTES, A., «Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)», *op. cit.*, pág. 281. Este autor pone de relieve como en este caso se manifiesta con toda virulencia la distinción entre la delegación de la facultad de mejorar atribuida al cónyuge viudo que ha regulado el legislado gallego y la delegación de la facultad testatoria prevista, *v.gr.*, en los artículos 164 y sigs. de la LDCFPV.

(114) Vid., por todos, DÍAZ FUENTES, A., «Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)», *op. cit.*, págs. 277 a 279.

posibilidad de aplicar analógicamente a este supuesto la norma prevista en el artículo 54.8 del *Reglamento del impuesto sobre sucesiones y donaciones* (Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre) para la tributación de la fiducia aragonesa (115). La aplicación del artículo 54.8 del RISD descansaría sobre la semejanza de la situación que se crea tras el fallecimiento del causante en el caso de que se haya delegado la facultad de mejorar al cónyuge supérstite y la que se crea en los supuestos en que, de acuerdo con los Derechos Civiles propios de Aragón o de Cataluña se haya nombrado un distribuidor de la herencia. La norma reglamentaria citada permite practicar liquidaciones provisionales que se efectuarán como si el patrimonio hereditario se distribuye por partes iguales entre todos los herederos y, una vez concretado el reparto de la herencia entre ellos, se realizarán las liquidaciones complementarias y las devoluciones que procedan (116).

(115) En este sentido se manifiestan CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, págs. 156 y 157.

(116) Artículo 54.8 del RISD: «En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de todos los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente». En relación con este precepto ha de tenerse en cuenta que la Disposición Adicional única de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, exhortaba al ejecutivo aragonés para que, en el plazo de un año a contar desde la fecha de su entrada en vigor, aprobase un proyecto de ley regulador de las particularidades fiscales de la sucesión *mortis causa* en Aragón, atendiendo a las peculiaridades del Derecho Foral y a la realidad socioeconómica. De acuerdo con estas previsiones, en el *Preámbulo* de la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, se señala que «el legislador aragonés trata de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, regulando aquellos aspectos tributarios de las instituciones forales sobre los que la limitada capacidad autonómica tiene cabida. Y así, despejando las dudas que la nueva normativa civil pudiera haber provocado sobre la tributación de la fiducia, se reconoce la aplicación de cualquier tipo de beneficio fiscal en la liquidación provisional que procede en estos casos en el momento de fallecimiento del causante [en particular han de tenerse en cuenta las reducciones previstas en los arts. 9 y 11 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias]. Para coadyuvar a solventar el principal problema fiscal de la fiducia —hacer tributar a quien ni siquiera puede considerarse llamado a la sucesión— se arbitra la solución de posibilitar el pago de su deuda con cargo al caudal relicto pendiente de ejecución fiduciaria. Con ello, al no trasladar la carga tributaria al patrimonio del sujeto pasivo, se eliminan buena parte de los supuestos que la doctrina científica venía denunciando como injustificables». Estas medidas, contempladas en el artículo 1.7 de la precitada ley aragonesa, como nos explica GARCÍA GÓMEZ, no alteran el régimen sustantivo de la fiducia aragonesa en el impuesto de sucesiones —tampoco podría hacerlo el legislador aragonés por tratarse de un impuesto estatal cuyos rendimientos se ceden a las CCAA,

Sin embargo, la propuesta no nos parece adecuada por varias razones. La fundamental de ellas es que, como es sabido, en materia tributaria rige con toda su virulencia el principio de tipicidad que, como una derivación del principio de legalidad, impediría la aplicación analógica de la norma reglamentaria que nos ocupa (117) y ello sin perjuicio de que esta norma pueda considerarse que infringe el principio de jerarquía normativa, en tanto que se trata de una norma reglamentaria que no se dicta en desarrollo o ejecución de ninguna de rango legal, sino que, antes al contrario, aparece enfrentada con la previsión realizada en el artículo 24.3 de la LISD (118). Es precisamente en el supuesto de hecho de esta norma en la que, a mi juicio, ha de encuadrarse la tributación de la transmisión hereditaria en el caso en que exista un delegatario de la facultad de mejorar en tanto ésta no sea ejercitada. Este precepto, al regular el devengo del impuesto de sucesiones, después de establecer como regla general que en las adquisiciones por causa de muerte el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante, en su pf. 3.º establece una excepción en la que es subsumible el supuesto que nos ocupa, en tanto que dispone que *toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día que dichas limitaciones desaparezcan*.

Pues bien, creada una situación de pendencia o indeterminación objetiva del *quantum* que definitivamente haya de corresponder a cada uno de los sucesores del causante delegante, parece coherente aplazar las liquidaciones del impuesto sucesorio hasta el momento en que las cuotas hereditarias se concreten y no hacer coincidir el devengo del impuesto con el momento del

de manera que la determinación de los hechos imposables gravados y la definición de los sujetos pasivos está vedada a los legisladores autonómicos en atención a las previsiones contenidas en la LOFCA y en la Ley de cesión de tributos a las CCAA—, si bien alivian en algunos casos la situación concreta de algunos contribuyentes (vid. ampliamente, GARCÍA GÓMEZ, A. J., «La fiscalidad sucesoria de la fiducia aragonesa. Una cuestión pendiente», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 18, junio de 2001, págs. 275 a 301; POZUELO ANTONI, F., «Aspectos fiscales de la fiducia», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* [dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart], T. XXXIV, vol. 1.º [arts. 1 a 148 de la LSCMA], EDERSA, Madrid, 2002, especialmente las págs. 1050 y sigs.).

(117) En consecuencia, el artículo 54.8 del RISD sólo es aplicable a la fiducia aragonesa, pero no a situaciones de pendencia o indeterminación subjetiva y/o objetiva de la herencia que surgen como consecuencia de instituciones contempladas en los Derechos civiles territoriales, tales como la institución de heredero por fiduciario regulada en los artículos 148 y sigs. del CSCMC o el comisario del Derecho Civil vasco o balear.

(118) SOLCHAGA LOITEGUI, J., «Comentarios tributarios a los artículos 110 a 118 de la CDCA», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (dirigidos por J. L. Lacruz Berdejo y J. Delgado Echeverría), vol. III, Ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1984, pág. 499.

fallecimiento del causante. Frente a esta propuesta bien podría argumentarse que el artículo 8 del RISD ha restringido los supuestos de aplazamiento del devengo del impuesto a aquéllos en que concurra una condición suspensiva en sentido estricto y, en el caso del artículo 141 de la LDCG, los sucesores *mortis causa* lo son desde el mismo momento en que fallece el causante delegatario, tratándose así de una situación equiparable a la de la herencia yacente, pues se sabe quiénes son los sucesores, pero no la porción en la que sucederán, sin que este hecho difiera el devengo del impuesto ni permita, de acuerdo con las normas tributarias, aplazar el pago del impuesto pues no se trata de un supuesto de causahabientes desconocidos (arts. 75 y 84 del RISD). Admitida esta crítica, sólo resta la opción de subsumir el supuesto que nos ocupa, a efectos tributarios, en el artículo 26 de la LISD en el que se establecen las normas especiales para la tributación del derecho de usufructo, sustituciones, reservas, fideicomisos *e instituciones sucesorias forales* (119). La propuesta parece acertada para todos aquellos casos, que se me antojan frecuentes en el Derecho Civil propio de Galicia, en los que en el cónyuge delegatario concurra también la condición de usufructuario universal de la herencia. Si esto no es así, la aplicación del artículo 26 de la LISD resulta más controvertida.

IV. LAS MEJORAS TESTAMENTARIAS Y LOS LEGADOS

IV.1. CONSTITUCIÓN UNILATERAL O TESTAMENTARIA DEL USUFRUCTO VIDUAL UNIVERSAL Y DE LAS MEJORAS

Con origen en el «Texto articulado» presentado al Parlamento gallego en 1991 por la *Comisión non permanente de Dereito Civil galego* que, en este aspecto, presentaba una sistemática más adecuada en tanto que distinguía nítidamente la constitución del usufructo vidual universal y del derecho de labrar y poseer por pacto y en testamento, el pf. 1.º del artículo 144 de la LDCG precisa que el testador puede ordenar cualquiera de estas atribuciones patrimoniales de manera unilateral y como disposiciones a título singular. En efecto, así resulta del término *testador* utilizado —lo que denota que el negocio jurídico en el que se establecen tales disposiciones es el testamento— y de la previsión expresa que lo haga mediante *legado*. En consecuencia, tanto el usufructo vidual universal como la mejora de labrar

(119) En este sentido, para el caso de todos los supuestos de herencias de confianza en los distintos Derechos Civiles territoriales, aun sin pronunciarse expresamente sobre el supuesto que nos ocupa, por razones evidentes, BALLESTER GINER, E., *Derecho de sucesiones. Aspecto civil y fiscal*, EDERSA, Madrid, 1988, pág. 338.

y poseer pueden ser disposiciones constituidas testamentariamente, además de que puedan constituirse mediante pacto sucesorio. Es ésta precisamente la finalidad del precepto que ahora nos ocupa pues, como es sabido, ambas instituciones son reguladas por el legislador gallego bajo la rúbrica de *los pactos sucesorios*, integrando, junto con el apartamiento, el contenido de este Capítulo 2.º del Título VIII de la LDCG (arts. 118 a 127 y 130 a 133, respectivamente). La previsión de la posibilidad de constituir mediante legado el usufructo universal del cónyuge viudo se presenta como técnicamente adecuada, puesto que el cónyuge viudo en tanto que usufructuario de parte, o de todos los bienes de la herencia, no es heredero, sino sucesor a título singular. Respecto a la previsión de que la mejora de labrar y poseer regulada en los artículos 130 a 133 de la LDCG pueda atribuirse testamentariamente en forma de legado, ha de hacerse extensiva a cualquier otro tipo de mejora, sin que este modo de constitución haya de restringirse a labrar y poseer.

IV.2. CONTENIDO DE LA MEJORA DE TERCIO Y QUINTO

El pf. 2.º del artículo 144 de la LDCG define el *quantum* de la mejora de tercio y quinto —la llamada mejora *por la vieja* entre nuestros paisanos, en alusión al sistema legitimario imperante antes de la entrada en vigor del Código Civil y que resulta de utilización generalizada en la ordenación de la sucesión de las explotaciones agrarias si admitimos los datos que nos suministran nuestros más prestigiosos antropólogos (120)— como mejora de cuota hereditaria que comprende íntegramente el tercio de mejora y las dos quintas partes del tercio de libre disposición que equivalen, de acuerdo con este precepto, a las siete quinceavas partes del *capital líquido* de la herencia. Es precisamente en esta última precisión en la que radica la disintonía de la previsión de este precepto con la que se hace en el número 3.º del artículo 130 de la LDCG al regular el contenido de la mejora de labrar y poseer en sede de regulación de los pactos sucesorios. En efecto, en este último precepto se establece la equivalencia de la mejora de labrar y poseer pactada con las siete quinceavas partes de la *hacienda hereditaria*. Expresión esta última que equivale a la contenida en el derogado artículo 84 de la Compilación de Derecho Civil de Galicia de 1963 en el que, también en sede de regulación del derecho de labrar y poseer, se establecía la misma equivalencia de esta mejora con el contenido de las 7/15 partes *de la herencia*. Es esta

(120) Entre otros, LISÓN TOLOSANA, C., *Antropología cultural de Galicia*, Ed. Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, 1971, págs. 173 y sigs.; MARINO FERRO, X. R., *Antropología de Galicia*, Ed. Xerais, S.A., Vigo, 2000, págs. 295 y sigs.

interpretación de la expresión *hacienda hereditaria* utilizada en el artículo 130.3 como equivalente al íntegro patrimonio del causante la que parece ha de asumirse frente a la posibilidad representada por hacerla equivaler a la explotación agrícola, fabril, industrial o comercial que constituye el objeto de la mejora de labrar y poseer, pues ésta resulta incongruente con lo dispuesto en los dos primeros números del propio artículo 130 de la LDCG. Pero referir la mejora al patrimonio íntegro del causante tampoco parece acomodarse a las reglas generales imperantes en orden al cálculo y fijación de las cuotas hereditarias que corresponden a cada sucesor *mortis causa*, pues es sabido que éste se hace sobre el activo líquido de la herencia, formado por la adición de *relictum* y *donatum* y no sobre el patrimonio existente en el momento de la apertura de la sucesión (121).

En la contradicción expuesta existente entre las previsiones de los artículos 130.3 y 144.2, ambos de la LDCG, parece pues que ha de darse preferencia a este último puesto, que es el que se adecua a la regla general en materia de cálculo y fijación de la masa hereditaria (122); salvo que se quiera pensar que si la mejora de labrar y poseer se pacta tiene un contenido y si se atribuye como legado testamentario otro distinto. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el artículo 144.2 de la LDCG es una norma de naturaleza interpretativa de la voluntad del causante que, por lo tanto, ha de ceder ante la expresa voluntad de éste en sentido contrario (123).

IV.3. VALOR INTERPRETATIVO E INTEGRADOR DE LA COSTUMBRE RESPECTO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

El legislador gallego de 1995 ha cerrado el Capítulo de la LDCG destinado a la regulación *de la sucesión testada* con una norma de naturaleza estrictamente interpretativa y de integración de la voluntad del disponente, en la que se limita a remitirse a las normas de este mismo carácter contenidas en el artículo 133 de la LDCG en sede de pactos sucesorios —estipulaciones en el pacto de mejora que hagan referencia a instituciones consue-

(121) Vid. una exposición sistemática de esta materia en CARBALLO FIDALGO, M., «La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Act. Civ.*, núm. 45, 3 a 9 de diciembre de 2001.

(122) CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 160. Esta interpretación resulta acorde con lo que es habitual entre los testadores gallegos, según nos informa FUENMAYOR (FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, Voz «Derecho Civil de Galicia», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, *op. cit.*, pág. 246).

(123) GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario al artículo 144 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 1137.

tudinarias gallegas—, precisando que serán también de aplicación para interpretar e integrar las disposiciones testamentarias. En efecto, el artículo 145 de la LDCG tiene como único contenido declarar aplicables las normas de interpretación e integración contenidas en el artículo 133 de la LDCG a propósito del pacto de mejora a las disposiciones testamentarias. Esta remisión supone que para integrar el contenido de instituciones propias del Derecho consuetudinario gallego habrá de acudirse, en primer lugar, a las previsiones expresas que se contienen en la LDCG y, en defecto de éstas, a los usos y costumbres *del lugar* (repárese especialmente que la remisión es a la costumbre local y no a la general). Esta regulación parece situar los medios objetivos de interpretación —normas legales, usos y costumbres— de las disposiciones testamentarias por encima de la interpretación subjetiva que preconiza el artículo 675 del Código Civil al situar el centro de gravedad de la interpretación del negocio jurídico testamentario en la búsqueda de la voluntad del testador. La doctrina que ha interpretado estos preceptos ha puesto de manifiesto que también en Galicia lo determinante es la voluntad del testador y ésta se constituye en el *leimotiv* de la interpretación del testamento, de manera que sólo se acudirá a aquellos medios objetivos en el caso de que de la voluntad del testador reflejada en el testamento no es posible determinar el alcance de determinada institución. A mi juicio, esto es así por la propia esencia y naturaleza de las disposiciones testamentarias y no porque se aplique supletoriamente el Código Civil, puesto que si existe norma de Derecho Civil propia de Galicia acerca de la interpretación de determinadas cláusulas, no cabe acudir a la aplicación supletoria de aquél. Esto no quiere decir que la cita de los instrumentos de interpretación a los que ha de acudirse prohíba el recurso a otros distintos cuando éstos no sean suficientes y, en este caso, sí cabría la aplicación supletoria del Código Civil *ex* artículos 22.2 y 3 de la LDCG (124).

Algunas de estas instituciones para cuya interpretación el artículo 133 de la LDCG se remite al articulado de la misma y, en su defecto, a los usos y costumbres locales, aparecen enunciadas a título ejemplificativo en este mismo precepto, tratándose de categorías o instituciones que pertenecen al Derecho Civil propio de Galicia que tienen un contenido propio en éste y que muchas de ellas han sido objeto de regulación en la propia LDCG —es el caso de la institución de la *casa* (arts. 9, en el que se establece que la *casa petrucial* y sus anejos constituyen un patrimonio indivisible, 5 y 131); el *casar para casa* (art. 101.2), la *mejora de labrar y poseer* (arts. 130 y 144.2) o la *compañía familiar* (arts. 100 a 111)— y otras han sido objeto de precisión por la jurisprudencia del TSJG (*v.gr.*, entre otras muchas, la de

(124) En este sentido también, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^ª J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 160.

12 de mayo de 2000 [RXG, núm. 27, § 114], a propósito de la indivisibilidad de la *casa petrucial*).

V. PROPUESTAS PARA LA REVISION DE LA REGULACION DE LA SUCESION TESTADA EN LA LDCG/1995

En un momento en el que, por las razones expuestas al inicio de este estudio, soplan vientos de reforma de la LDCG/1995, no me parece adecuado limitar mi exposición a la exégesis de sus preceptos, y en el *balance de un lustro* de vigencia y aplicación de las normas objeto de exposición. Es por esta situación por lo que estimo pertinente realizar un análisis, siquiera somero, de aquellos aspectos de su regulación que merecen ser objeto de revisión por el legislador. Apenas diez días después de la exposición pública de este estudio como ponencia en el seno de un Curso de verano organizado por la UNED el día 19 de julio de 2001, vio la luz el texto articulado que constituye el documento inicial cara a la posible modificación de la LDCG/1995 elevado por la Comisión designada *ad hoc* al *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacóns Laborais* de la Xunta de Galicia el día 28 de julio de 2001, y al que ya hemos hecho alusión en repetidas ocasiones a lo largo de esta versión escrita de aquella ponencia. Sin prejuicio acerca de la existencia de este documento de trabajo y de la posterior celebración del «III Congreso de Derecho Gallego», considero que las propuestas que *de lege ferenda* formulara el día 19 de julio de 2001, aun habiendo sido asumidas algunas de ellas por el prelegislador gallego, continúan vigentes, y es por ello por lo que no me resisto a incluirlas en esta versión escrita. Aquellas propuestas son básicamente las que siguen:

1.^a) En el ámbito de las *disposiciones generales* aplicables a la sucesión testamentaria, el vigente artículo 136 de la LDCG ha de ser reformado en los dos aspectos que regula. Especialmente ha de serlo su pf. 1.º en tanto que, como se ha puesto de manifiesto, introduce más problemas que los que soluciona, de manera que el legislador gallego debiera ofrecer una respuesta expresa a la cuestión atinente a la forma del testamento mancomunado (el *prelegislador* gallego de 2001 se inclina en el texto articulado a que vengo aludiendo por la exigencia de la forma abierta notarial), así como precisar que la regulación que se hace del testamento abierto notarial no excluye las otras formas *no ordinarias* de este tipo de testamento. En cuanto al contenido de la regulación de la intervención de testigos en los testamentos abiertos notariales, de mantenerse, acaso fuese conveniente precisar la aplicación de los artículos 681 y 682 del Código Civil en orden a la determinación de sus condiciones subjetivas de idoneidad, en caso de no optar por una regulación propia y distinta de ésta. Con menor intensidad procede

tomar en consideración la necesidad de que el caso del testador *enteramente sordo* sea tenido en cuenta como supuesto en el que se requiera la presencia de testigos instrumentales.

2.^a) Sería conveniente que el legislador gallego tomase en consideración la realidad social de la existencia de uniones estables de pareja —del mismo modo que, por cierto, ya lo ha hecho en el art. 4.2 y 3 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de *mediación familiar* (BOE, núm. 157, de 2 de julio)—, de igual manera que lo han hecho la práctica totalidad de los legisladores autonómicos con competencias en materia de legislación civil (125), en la regulación del Derecho de sucesiones que ha de ser especialmente sensible a las necesidades de las *familias*, con independencia de que éstas se estructuren o no en torno a la institución matrimonial, ofreciéndoles cauces adecuados para ordenar las transmisiones *mortis causa* de los bienes pertenecientes a alguno de sus miembros. En particular, esta exigencia se muestra con toda su virulencia a propósito de la capacidad para otorgar testamento mancomunado, pero también puede tener su relevancia en relación con la posibilidad de designar delegatario de la facultad de mejorar al conviviente supérstite y, en todo caso, como causa de pérdida de esta condición cuando el delegatario forme parte de una unión estable de pareja —conveniencia que admiten incluso aquellos autores que con mayor virulencia denostan la toma en consideración de esta categoría a otros efectos—.

3.^a) En cuanto a la regulación en concreto del testamento mancomunado, además de la necesidad de aclarar la exigencia o no de alguna forma en que haya de otorgarse, es necesario que el legislador gallego precise los efectos de las crisis matrimoniales posteriores a su otorgamiento; aclare el significado conjunto de los últimos dos incisos del artículo 139.2 de la LDCG en orden a precisar cuándo puede acudir a la notificación de la revocación por edictos de manera eficaz; corregir el tenor del artículo 140 de la LDCG precisando que, tras el fallecimiento de uno de los cootorgantes, las disposiciones recíprocamente condicionadas son irrevocables *salvo* que hubiesen sido otorgadas a favor de persona incapaz de heredar y, acaso, sería conveniente introducir un concepto normativo de *disposiciones recíprocamente condicionadas* o *correspectivas* al modo en que lo hace el legislador aragonés en el artículo 105 de la LSCMA, así como la precisión de los efectos que para el resto de las disposiciones testamentarias conlleva la nulidad o la anulación de alguna o de algunas de las cláusulas de este tipo.

(125) Sobre el distinto ámbito competencial de los legisladores autonómicos en esta materia, pueden verse mis reflexiones en el epígrafe que cierra mi estudio sobre «Las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Derecho Civil», publicado en la *RXG*, núm. 35, 2002, págs. 61 a 64.

Es necesario también regular expresamente las consecuencias de los actos de disposición *inter vivos* por uno de los cotestadores de bienes contemplados en cláusulas recíprocamente condicionadas.

4.^a) Desaprovechada por el legislador gallego la ocasión que brindaba la Ley de 1995 para reintroducir en el Derecho Civil aplicable en Galicia el auténtico testamento *por comisario* (126), acaso la reforma de aquélla fuese una buena oportunidad para enmendar tal omisión. Sea o no esta la opción del legislador gallego en la proyectada reforma, habrá de adecuar la actual rúbrica de la Sección 3.^a del Capítulo III del Título VIII de la LDCG a su contenido real, manteniéndola si se decide por dar entrada en el entramado institucional de la misma al testamento por comisario —lo que exigiría regular expresamente las fuentes, los límites objetivos, temporales y subjetivos de la facultad testatoria, así como las posibles formas de adjudicación de los bienes y el régimen de ineficacia de la atribución de aquella facultad— (127) o modificándola por otra si decide regular exclusivamente la delegación fiduciaria de la facultad de mejorar. Mantener en los términos actuales esta regulación no tiene sentido alguno en tanto que nada aporta respecto a las previsiones del Código Civil, salvo si con ello se quiere subrayar su carácter de Derecho Civil propio sin posibilidad de que las posibles mutaciones en este ámbito del Derecho Civil territorial común le afecten. Pues bien, aun si la opción del legislador gallego fuese ésta, a la que podemos calificar de mínimos, que parece que no lo va a ser si se toma en consideración el texto prelegislativo de julio de 2001, sería conveniente corregir algunas incorrecciones presentes en el vigente articulado: Suprimir el término «*incluso*» en el primer inciso del artículo 141 de la LDCG para establecer de manera simple y nítida que la facultad de mejorar se puede delegar en testamento o en capitulaciones matrimoniales; sustituir, en el mismo artículo, la expresión «*hijos comunes*» por «*hijos o descendientes comunes*», pues resulta más acorde con la interpretación antes mantenida; establecer el carácter dispositivo de las nuevas nupcias del cónyuge supérstite delegatario como causa de extinción de tal delegación (lo que puede realizarse asumiendo, con las debidas adaptaciones, la disposición contenida en el art. 48.4 de la LDCFPV).

(126) Hecho que no deja de sorprender incluso a autores formados en el Derecho Civil territorial común, como es el caso de RIVAS MARTÍNEZ, quien manifiesta su sentimiento con las siguientes palabras: «*Leyendo este artículo [se refiere a los arts. 141 a 143 de la LDCG] pensamos que el legislador gallego ha perdido una magnífica oportunidad de dotar al Derecho Civil gallego de una verdadera regulación del testamento por comisario y se ha limitado casi a reproducir el artículo 831 del Código Civil, que no es un testamento por comisario*» (RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1997 [2.^a edic.], pág. 456).

(127) A favor de esta opción se ha pronunciado el «*III Congreso de Derecho Gallego*».

5.^a) Es necesario armonizar la regulación establecida en los artículos 103.3 y 144.2, ambos de la LDCG, dando preferencia a este último, de manera que la mejora de labrar y poseer abarque, de manera clara y expresa, los 7/15 del capital hereditario líquido.

6.^a) Llevar las normas de claro contenido interpretativo, como son las contenidas en los artículos 133 y 145 de la LDCG, a las disposiciones generales sobre las sucesiones testada y contractual.

7.^a) Por último, sería deseable que el legislador gallego, dando cumplimiento al mandato contenido en el artículo 5.3 del EAG, regulase el idioma del testamento, estableciendo expresamente la posibilidad de redactarlo en cualquiera de las lenguas oficiales, si se trata de testamentos ológrafos o cerrados y estableciendo y regulando la presencia de un intérprete en el caso de que se trate de testamento notarial abierto y el notario desconozca la lengua del testador si no se quiere imponer a los notarios que ejerzan su actividad profesional en Galicia el conocimiento de los dos idiomas cooficiales en esta Comunidad Autónoma. Es cierto que las previsiones del artículo 684 del Código Civil —acerca de la presencia del intérprete y de la necesidad de que el testamento se escriba en las dos lenguas con expresión de cuál ha sido la utilizada por el testador— son aplicables a estos casos y ello porque se parte de la no obligatoriedad del notario de conocer la lengua cooficial en la demarcación territorial en la que ejerce su función; pero también lo es que los otorgantes de un documento público notarial tienen derecho a escoger expresamente la lengua oficial en que desean sea otorgado éste (considero que el establecimiento constitucional de la cooficialidad de las lenguas propias en los territorios de las CCAA que cuenten con ella ha provocado una derogación sobrevenida de los arts. 25 de la Ley del Notariado y 149 del RNot.). Así lo han recogido expresamente las legislaciones civiles de Navarra (Ley 192 de la CDCFN), País Vasco (art. 15 de la LDCFPV), Aragón (art. 97 de la LSCMA, en el que se prevé expresamente que tanto los testamentos abiertos como los cerrados y los ológrafos pueden redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón) y Cataluña. El legislador catalán, en el artículo 109 del CSCM (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), ha previsto expresamente la libre opción del otorgante de la lengua cooficial en Cataluña en la que haya de redactarse el testamento notarial, así como la posibilidad de que el testamento ológrafo se otorgue en la *lengua propia del testador*, aunque se trate de un idioma extranjero. La STC 74/1989, de 24 de abril, que resuelve un conflicto de competencia planteado por el Gobierno del Estado, ha declarado la competencia de las CCAA —en el caso se trataba de la *Generalitat de Catalunya*— para regular, al amparo de la competencia estatutaria sobre normalización lingüística, el uso de las lenguas oficiales en los instrumentos públicos, sin que con ello se infrinja la reserva en exclusiva al legislador estatal de la

competencia sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos que contempla el inciso final de la regla 8.^a del artículo 149.1 de la CE. Pues bien, el legislador catalán que en el artículo 14 de la Ley 1/1998, de 7 de enero, *de política lingüística* había modificado algunos aspectos de la regulación del uso de las dos lenguas oficiales en Cataluña en los documentos públicos —hasta entonces contenida en el art. 10 de la Ley 7/1983, de 18 de abril, *de normalización lingüística de Cataluña*, y en el Decreto 125/1984, de 17 de abril, *por el que se regula el uso de la lengua catalana en las escrituras públicas*— ha regulado esta materia mediante el Decreto 204/1998, de 30 de julio, *sobre el uso de la lengua catalana en los documentos notariales* (DOGC, núm. 2697, de 6 de agosto de 1998), en el que, entre otras previsiones, establece la obligación del notario autorizante de preguntar al otorgante sobre la lengua en la que desea otorgar el documento notarial de que se trate y, en caso de no mostrar preferencia alguna, la lengua catalana como idioma en el que habrá de redactarse, reglas sobre la prevalencia de la interpretación que se derive de una u otra escritura en el caso de que haya sido redactada en ambas, así como la obligatoriedad para los notarios de librar copias en otra lengua distinta de la que figure en la matriz. Acaso el ejemplo catalán pueda resultar ilustrativo para el legislador gallego y a esto se debe la referencia que acabo de hacer.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

El enigmático *nexum* como precedente de la hipoteca

SUMARIO: INTRODUCCION: LA APARICION DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA: 1. LA *FIDUCIA*, EL *PIGNUS* Y LA HIPOTECA. 2. EL *NEXUM*. I. INSTITUCIONES Y FIGURAS RELACIONADAS CON EL *NEXUM*: 1. LOS NEGOCIOS *PER AES ET LIBRAM*: La *mancipatio* y sus aplicaciones especiales: *noxae datio*, *coemptio*, *emancipatio*, *adoptio*, *testamentum per aes et libram*, *mancipatio fidei*. 2. LA *LEGIS ACTIO PER MANUS INIECTIONEM*. 3. LA *DAMNATIO*. 4. LA *SPONSIO* Y SUS DIFERENCIAS CON EL *NEXUM*. 5. LAS PERSONAS «IN MANCIPIO». 6. LA CLIENTELA.—II. TEXTOS JURIDICOS Y DE LOS HISTORIADORES: 1. TEXTOS JURIDICOS: a) *Los pasajes atribuidos por Festo a las XII Tablas*; b) *El texto de Gayo sobre la «nexi liberatio»*; c) *El texto de Gayo relativo al suelo itálico*. 2. TEXTOS DE GRAMATICOS E HISTORIADORES: a) *Texto de Varrón*; b) *Relatos de Tito Livio*; c) *Relato de Dionisio de Halicarnaso*; d) *La Lex Poetelia Papiria*.—III. LAS OPINIONES DE LOS ROMANISTAS: 1. LA DE GÓMEZ DE LA SERNA. 2. LA DE OTROS ROMANISTAS: HUSCHKE, EUGENE PETIT, SCHLOSSMANN, HUVELIN, NIEBUHR, MAYNZ, MITTEIS, MOMMSEN, ARANGIO RUIZ, BIONDI, BONFANTE, PEROZZI, NOAILLES; SAVIGNY, GIRAUD y CUQ; LENEL; EDUARDO VOLTERRA. 3. LA DE NUESTROS ROMANISTAS: JUAN IGLESIAS, GARCÍA GARRIDO, JOAN MIQUEL, GUTIÉRREZ ALVIZ, ALVARO D'ORS.—IV. CONCLUSIONES Y SUS BASES: 1. EL PERÍODO PRERROMANO. 2. LA UTILIDAD DEL *NEXUM*. 3. LA ANTIGÜEDAD DE LA BALANZA. 4. EL USO DEL METAL. 5. LA ANTIGÜEDAD DE LOS PRÉSTAMOS. 6. LA POSIBILIDAD DEL *NEXUM* COMO NEGOCIO DISTINTO E INDEPENDIENTE DE LA *MANCIPIO*.—V. LOS EFECTOS DEL *NEXUM*: 1. EFECTOS DE SU CELEBRACIÓN. 2. EFECTOS DEL IMPAGO DE LA DEUDA.

INTRODUCCION: LA APARICION DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA

Antes de examinar esta materia tenemos que hacer algunas observaciones previas:

Para muchos autores —SOHM, HENSLER, KOHLER, BAUDRY-LACANTINERIE, etc.— la distinción entre derechos reales y derechos obligacionales parece ser tan evidente, tan racional, que creen que la Historia nada tiene que ver con ella.

Se llegó a decir que tal distinción no puede faltar en un Derecho, de cualquier época que sea, pues la misma es tan fundamental, que deriva de la naturaleza misma de los derechos y se encuentra en todas las legislaciones.

Pero, en realidad, esta concepción puede estar lejos de la verdad. El hecho de que, en un determinado momento de la historia —y en el caso de Derechos relativamente avanzados— se pudiese apreciar tal distinción, no quiere decir que ésta haya existido siempre. Por ello, tratándose de civilizaciones primitivas, la primera interrogante que podemos hacernos es si a ellas les es aplicable la distinción entre derechos reales y derechos personales y, por tanto, entre garantías reales y personales. Los autores que han profundizado en esta materia, entre los que podemos citar a SUMMER MAINE y COGLIOLO, entienden que la oposición entre derechos reales y personales no tiene sentido en la infancia del Derecho, ya que, especialmente las clasificaciones de los jurisconsultos romanos no son aplicables más que al Derecho de los últimos tiempos. Hubo una época en que la idea de distinguir un derecho real de una obligación no se había formado en el espíritu de los hombres, porque el medio histórico que les envolvía era hostil a la germinación de tal idea.

En el Derecho romano primitivo, la distinción entre el derecho real y lo que podía considerarse como derecho de obligación —ésta no existía entonces y por ello podemos hablar de derecho personal, aunque esta expresión tampoco sea exacta— distaba mucho de ser clara. El derecho personal parece presentarse como un derecho inmediato —una especie de derecho real— sobre la persona del deudor, el cual no tiene más garantías privadas que su propia persona, en una época en que casi todos los bienes son objeto de propiedad colectiva (exceptuándose quizá las llamadas *res nec mancipi*, que podrían ser objeto de prenda manual, como luego veremos). Es, en efecto, el cuerpo del deudor el que queda sujeto y el que se ejecuta al vencimiento: sólo con el progreso de la propiedad individual, las vías de ejecución sobre los bienes suplantán a las vías de ejecución contra la persona. Por ello es explicable que, según la conocida frase de KUNTZE —en su obra «Las obligaciones en Derecho romano»—, la historia nos revela el derecho real como el prototipo de la vida jurídica naciente, cuya forma tiene que tomar prestada la obligación antes de manifestarse como una figura jurídica original.

Por tanto, es inútil buscar en los primitivos tiempos de Roma una distinción que recuerde ésta del derecho real y del derecho de obligación. En esa época no podían los romanos llegar a un análisis de los derechos subjetivos. En realidad, para ellos no hay aún derechos: no hay más que un derecho que se reduce a la idea del poder ejercido libremente por el jefe de la familia. Este poder —que es muy seguro que haya recibido el nombre de *manus*, ya que ésta es el símbolo del poder— recae sobre los miembros de la familia: mujeres, niños, esclavos (familia) y sobre los animales (pecu-

nia), que constituyen la principal riqueza, si no la única, del *paterfamilias*. Ese poder doméstico —*manus*— se encuentra en las antípodas de la idea de obligación. Pero, se pregunta LUIS RIGAUD, ¿no encontraremos, por lo menos, la noción de obligación en las relaciones comerciales que, por raras que sean, existían, sin embargo, entre aquellos romanos? Por independiente que sea la vida de los Quirites, se reúnen, no obstante, en épocas periódicas para cambiar entre ellos los objetos usuales, las *res Mancipi*, los bueyes, los esclavos que necesitan para los cultivos. Nos encontramos entonces en presencia de una especie de venta: la *mancipatio* y una especie de préstamo, el *nexum*. Podía parecer que estos negocios debían engendrar obligaciones. No obstante, ésta es una cuestión que hay que examinar:

- En la *mancipatio*, aun en su origen, no se encuentra más que un contrato de transferencia, no productor de obligación, y que no descansa, de ninguna manera, sobre un contrato obligatorio, del cual sería la ejecución. Lo que prueba bien que la idea de obligación no ha podido intervenir en la *mancipatio* es la evolución misma de esta institución. Nunca habría podido llegar a ser un acto abstracto que sirviese en la transferencia de la propiedad, como ejecución de la obligación del vendedor en la venta consensual posterior, más que por el hecho de que estuvo siempre exenta de toda idea de obligación. Y aun los mismos autores que interpretan la *mancipatio* como una venta al contado reconocen, de común acuerdo, que a los ojos de los romanos primitivos, cuyo espíritu no podía prestarse a un análisis de tal naturaleza, la obligación no aparecía por causa de la imposibilidad práctica de discernir el vínculo obligatorio del acto de ejecución.
- En el *nexum*, bien consista en la mancipación fiduciaria del cuerpo del deudor, bien solamente en un acto productor de obligaciones —como pretende GIRARD—, la obligación que de él deriva no se parece en nada a la noción clásica de *vinculum iuris*. Los romanos de aquella época se representaban bien pronto su derecho como un poder directo e inmediato sobre el cuerpo del deudor. Por consiguiente, el *nexum* implicaba una especie de derecho real sobre la persona del deudor, en garantía del pago de la deuda contraída.

Si pasamos al campo de las actuaciones procesales nos encontramos, en la época arcaica, con las *legis actiones*. Parece que las dos principales y más antiguas, de las que tenemos noticia a través de GAYO, suponen actos de fuerza (*vis*), aunque formalmente ritualizados, y son la del *sacramentum in rem*, que era un acto de apoderamiento de cosas —*vindicatio*— y la *manus iniectio*, que era un acto de apoderamiento de personas. Si consideramos estas dos acciones de ley como arquetipos, es posible que, con el tiempo, de

ellas derivasen, respectivamente, los que hoy se llaman derechos reales —sobre una cosa o *res*— y derechos personales —sobre la persona del deudor—.

También se suele partir de la clasificación de las acciones, según se tratase de una *actio in rem* o de una *actio in personam*. Pero, en realidad, de esta clasificación no se desprende la diferencia entre derechos reales y personales, pues la *actio in rem* no se daba nunca sobre una cosa, sino contra él que de algún modo perturba la posición de otro respecto a ella y, en sus orígenes, la *actio in rem* —*sacramentum in rem*— consistía en una controversia sobre la falsedad de un juramento.

En sus Instituciones, Comentario IV, examina GAYO precisamente las llamadas «acciones de ley» y nos encontramos —por desgracia— con una parte perdida o ilegible, en la que, según creen algunos, trataría del *actio sacramentum in personam*. No obstante, FUENTESECA niega la existencia de esta acción.

Y después de las precedentes observaciones, pasamos a examinar el orden de aparición de los derechos reales de garantía.

1. LA *FIDUCIA*, EL *PIGNUS* Y LA HIPOTECA

Los civilistas e hipotecaristas suelen exponer la materia, refiriéndose al Derecho romano, considerando que el orden cronológico de aparición de estos derechos era el siguiente:

1. La *fiducia cum creditore*.
2. El *pignus*, y
3. La hipoteca.

Por tanto, se sitúa, históricamente, la *fiducia cum creditore* como una garantía anterior al *pignus*. Pero, en realidad, creo que no hay un fundamento sólido para ello y me baso en las siguientes razones:

1.^a La fuerza de las cosas nos obliga a pensar que el *pignus* —aunque fuese con otro nombre, ya que la etimología de esta palabra es muy dudosa— debió ser anterior a la mancipación fiduciaria. Es más fácil concebir una simple prenda manual que un negocio más complejo, como sería la *mancipatio fiduciae causa*. Si no tenemos en cuenta el relato bíblico sobre el fratricidio, puede resultar que los actos más antiguos del hombre —en la esfera del Derecho— serían el préstamo no pecuniario, porque, obviamente, el dinero aún no existía —acto jurídico— y el hurto —acto antijurídico—, a los que no hay inconveniente en añadir, tal vez en una fase inmediatamente ulterior, el préstamo de garantía, es decir, la prenda.

2.^a La existencia de la arcaica *legis actio per pignoris capionem*. El *pignus* se nos presenta en tres etapas evolutivas —*pignus captum*, *pignus datum*, *pignus conventum*— que reflejan la continuidad histórica de una función de garantía desde época antigua, cuyo mecanismo de funcionamiento es todavía discutible, como lo es también el significado mismo del vocablo *pignus*.

En el texto, que en las Instituciones de Justiniano (2.1.41) se atribuye a Ley de las XII Tablas, se dice:

«*Venditae ... et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit, veluti expremissori aut PIGNORE DATO; quod cavetur ... lege XII tabularum*».

«Las (cosas) vendidas y entregadas no se adquieren por el comprador más que si éste hubiera pagado el precio al vendedor o le hubiera satisfecho de otro modo, como mediante (la intervención de) un garante o la ENTREGA DE UNA PRENDA, cosa que está prevista por una ley de las XII Tablas».

3.^a La *fiducia cum creditore* nunca pudo pertenecer al Derecho romano arcaico, porque, en ella, la *mancipatio* ya no constituye una venta real al contado, con el metal pesado en función del precio —como debió ser la *mancipatio* arcaica, la cual, incluso pudo y debió ser distinta de la *mancipatio* originaria—, sino que se trata de un negocio formal más evolucionado de carácter solemne y abstracto. Se trata de una *imaginaria venditio*, en que el precio *nummo uno* era simbólico. Este negocio de traspaso de una *res Mancipi* bajo la potestad del *accipiens* tiene diversas finalidades: *mancipatio emptionis causa*, *donationis causa*, *fiduciae causa*, etc.

4.^a Como pone de relieve PABLO FUENTESECA —en su trabajo «Líneas generales de la *fiducia cum creditore*»—, el *pactum fiduciae*, implica que la cosa mancipada quede como *res obligata pignoris iure* en garantía del crédito. Y en este sentido tenemos el texto de GAYO II, 60:

«*Sed fiducia contrahitur aut cum creditore, PIGNORIS IURE, aut cum amico, quo totius nostrae res apud eum esse*».

«Pero la fiducia es contraída, o con un acreedor, por derecho de prenda, o con un amigo, para que la totalidad de nuestras cosas estén (seguras) junto a éste».

Este texto nos prueba que, por lo menos, cuando existía la fiducia también existía la prenda. En efecto, la *res fiduciae data* se constituye en *res obligata «pignoris iure»* en poder del acreedor fiduciario, que podrá venderla de acuerdo con el *pactum fiduciae*, si el fiduciante no paga la deuda.

5.^a No hay ningún inconveniente para que el *pignus* existiera desde una época muy remota, ya que recaía sobre *res nec Mancipi*, las cuales no

presentaban ninguna dificultad en cuanto a su entrega o transmisión. Como dice el romanista citado, PABLO FUENTESECA, la aplicación de la fiducia comenzó en las relaciones de colaboración amistosa y vecinal entre cabezas de familia —*fiducia cum amico*— y más tarde comenzó a aplicarse en función de garantía, debido quizá a la necesidad de garantizar los créditos pecuniarios mediante *res Mancipi*, NECESIDAD ESTA QUE NO PODIA CUBRIR EL *PIGNUS*. Por tanto, la fiducia surge como consecuencia de la insuficiencia del *pignus* para garantizar determinados créditos.

6.^a Si el *nexum* suponía una autopignoración del deudor —como así lo entienden varios romanistas, cuestión que luego veremos— resulta indudable que el *pignus* es mucho más antiguo que la *fiducia cum creditore*.

Respecto a ésta tenemos que referirnos a un punto concreto. En Roma no cabe hablar *sic et simpliciter* de traspaso de la propiedad en la *fiducia cum creditore*. La *mancipatio fiduciae causa* no tenía por finalidad la transmisión del título de *dominus* quiritario al *accipiens*, porque no se trataba de una *mancipatio ex causa emptionis*, puesto que no se había pagado un precio de compra verdadero, sino ficticio. El fiduciario no se hace propietario quiritario sino que su actividad es una función fiduciaria o de confianza, que se halla determinada en el *pactum fiduciae* y cuya última misión es la venta de la cosa que se halla obligada *pignoris iure*. Tiene la facultad de vender —*vendere licere*— en virtud del *pactum*, puesto que la cosa se haya vinculada en garantía, pero la fiducia no pertenece originariamente al tipo de negocio pignoraticio que representó el *pignus* a lo largo de su evolución histórica.

2. EL NEXUM

El *nexum* fue un enigmático y, por tanto, misterioso negocio, que actualmente constituye la *crux maxima* de la investigación romanística.

Los civilistas —y no son muchos los que lo mencionan— hacen una breve referencia al *nexum* al tratar de la obligación en general. También los romanistas suelen hacer lo mismo. Esto puede ser una consecuencia de la general aceptación de las ideas de BRINZ, AMIRA y GIERKE, sobre los dos elementos que integran el concepto actual de obligación y que se supone que primitivamente eran independientes: i) el débito o deuda, y ii) la garantía o responsabilidad. *Debitum* sería, según BRINZ, el término que emplean las fuentes para designar al débito, en tanto que los términos para designar la responsabilidad serían *nexum* y *obligatio*.

Pero, como dice JOAN MIQUEL, resulta curioso comprobar que esta teoría tuvo en principio más éxito entre los germanistas que entre los propios romanistas. Pero hoy día, la crítica de BRINZ proviene no sólo de los roma-

nistas, sino también de los germanistas, que subrayan cómo dicha teoría arranca, en definitiva, del prejuicio de una construcción conceptual que se aplica rígidamente a las fuentes.

La verdad, aunque puede parecer inverosímil, es que no podemos, en modo alguno, referirnos, en relación con el *nexum*, a la *obligatio*, pues como señaló ALVARO D'ORS —Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, apartado A (trabajo en homenaje a VALLET DE GOYTISOLO)—, cuya afirmación es comprobable, el término *obligatio* «sólo aparece en un momento relativamente tardío de la historia jurídica romana, y, por tanto, no puede relacionarse, como se pretende hacer muchas veces, con una primitiva idea de ligazón o sujeción personal de un deudor, por cierta similitud con el *nexum*. En realidad, *nexum* y *obligatio* son términos que no llegaron nunca a coexistir. Es más, el uso de *obligare* aparece documentado primeramente en relación con la garantía real del *pignus conventum* o hipoteca, y no con las deudas. El mismo hecho de que la obligación civil se designe en las fórmulas procesales, con el verbo impersonal *oportere*, y no con *obligare*, muestra la poca antigüedad de este segundo término».

En lo que están de acuerdo casi todos es en el hecho de que, para que al deudor se le pudiese exigir el pago, desde tiempos muy antiguos se solía añadir una especial garantía a la deuda. Esta garantía, en tiempos primitivos, podía consistir en el *nexum*, la *sponsio* o el *pignus*. Teniendo en cuenta que el *pignus*, bajo el punto de vista actual, era una garantía real, y la *sponsio* una garantía personal, lo que se trata de determinar ahora es si el *nexum* era una garantía personal o real. Ya hemos visto que, según LUIS RIGAUD y otros autores, para los romanos se trataba de una garantía real, pues implicaba un derecho real del acreedor sobre la persona del deudor. Pero, con independencia de estas ideas, nos inclinamos por esta última posición, porque, aunque se nos diga —con una visión un tanto simplista— que, en el supuesto del *nexum*, la garantía era personal, pues por el *nexum* se sujetaba la persona del deudor, y aunque se admita esta posibilidad, también es cierto que si los esclavos eran *res mancipi*, es decir, cosas mancipables —XAVIER D'ORS nos habla de la manumisión del «esclavo hipotecado» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1976 y 1977—, no hay inconveniente en considerar al *nexum* como una forma de garantía real: si a los «nexi» —personas sujetas por el *nexum*— se les consideraba como esclavos de hecho, aunque no lo fuesen, tal vez, de derecho, resulta que, utilizando la misma terminología, el *nexum* podía suponer, «de hecho», una forma de garantía real. Dicho con más claridad: cuando se dice que una persona es un esclavo de hecho, es que realmente lo es, aunque el ordenamiento jurídico no lo considere como tal. La causa de esta dicotomía puede estar en el hecho de que, en Roma, ningún ciudadano podía convertirse en esclavo; por ello, como tal esclavo, sólo podía ser vendido «trans Tiberim», como luego se

verá. Pero la verdad es que, siendo realmente un esclavo, muy poco podría importarle, a cualquier persona, serlo de hecho o de derecho. No obstante, en Derecho romano podían existir diferencias, y ello aunque no se acepte —debido al avance de los estudios de Derecho romano— la opinión de GÓMEZ DE LA SERNA —en cuanto a los efectos—, el cual, por otra parte, distinguió —lo fundamental es esta distinción—, más o menos correctamente, en el año 1863, entre el *nexus* y el *addictus*, y precisamente este romanista consideraba al *nexus* como un esclavo de derecho, como luego veremos.

Pero, ¿qué era el *nexum*? Se trataba de una institución muy oscura, envuelta en la mortaja de los siglos, incluso en la de los anteriores a la Ley de las XII Tablas. Se puede anticipar, en términos un tanto vagos, que era la sujeción de la persona del deudor al poder del acreedor en garantía del pago de una deuda. En qué consistía esa sujeción y el consiguiente poder del acreedor, lo intentaremos ir deduciendo en el transcurso de este escrito.

El *nexum* era, pues, una especie de vínculo que provocaba una sujeción del deudor, o del fiador, al acreedor, y, como tal, siempre suponía una garantía. Se discutió largamente la cuestión de si el *nexum* fue un negocio *per aes et libram* en las más diversas formas imaginables, del préstamo, del autosometimiento al poder del acreedor, o de la automancipación, o bien una constitución de garantía en las formas de la promesa, llegándose incluso a decir que no era un negocio autónomo, sino el sometimiento del *addictus*.

Por tratarse, pues, de una materia muy discutida, para que la exposición sea lo más clara y sencilla posible, vamos a hacer cinco apartados fundamentales:

En el primero veremos, muy brevemente, bajo determinados aspectos, algunas instituciones y figuras que suelen relacionarse, más o menos directamente, con el *nexum*.

En el segundo recogeremos los escasos fragmentos de los textos que pueden referirse al mismo, y que consisten en unas pocas citas de algún jurista, como GAYO, y, fundamentalmente, en determinados escritos de gramáticos e historiadores.

En el tercero veremos las distintas opiniones de los romanistas.

En el cuarto examinaremos las posibles conclusiones, que quizá se puedan deducir, basadas en determinados fundamentos, y

En el quinto veremos los efectos que podía producir tal figura.

I. INSTITUCIONES Y FIGURAS RELACIONADAS CON EL *NEXUM*

Daremos —aunque muy brevemente— una idea de esas figuras:

1. LOS NEGOCIOS *PER AES ET LIBRAM*

En cualquier civilización arcaica existe la creencia de que los vínculos jurídicos —o religiosos— sólo pueden crearse mediante la exteriorización de determinados gestos y acciones rituales. Una de estas acciones consistía (y de ahí procede el nombre) en la utilización del cobre —*aes*— y la balanza —*libra*—, y en la que intervenían, además de los que celebraban el acto o negocio, cinco testigos y un sostenedor de la balanza —*libripens*—. Como negocios de esta clase se suelen citar tres: la *mancipatio*, el *nexum* y la *nexi liberatio*. Como aplicaciones especiales de la *mancipatio* se consideran, entre otras, la *noxae datio*, la *coemptio*, la *adoptio*, la *emancipatio*, el *testamentum per aes et libram* y la *mancipatio fiducia causa*.

Siuviésemos en cuenta solamente las imágenes visuales, pronto podríamos llegar a la conclusión de que la *mancipatio* y el *nexum* vendrían a ser lo mismo, pues en todos aquellos actos —excepto tal vez en la *nexi liberatio*— siempre se desarrollaba una escena muy parecida: se tocaba con la mano alguna cosa o persona —lo cual equivalía normalmente a una aprehensión—, luego se golpeaba la balanza con el metal y se entregaban a otra persona. Esto, realizado en presencia de los testigos y el sostenedor de la balanza, era similar en todos los actos *per aes et libram*. Lo que sucedía es que el metal, el cobre, unas veces podía tener la función de un precio o de un equivalente del mismo, y otras, la de un préstamo o, también, de un equivalente de lo prestado. Pero esto no era apreciable en aquellas imágenes visuales. Para saber qué función desempeñaba el metal y las diferencias entre unos y otros actos *per aes et libram*, sería indispensable oír las palabras pronunciadas. Es decir, las diferencias resultaban únicamente de la fórmula empleada en cada caso. Por ello, si solamente se atiende a las formalidades o ritos que se pueden percibir visualmente, tal vez se pueda afirmar que la esencia de los negocios librales era siempre la misma. Pero esto no es admisible, ya que la fórmula, las palabras, son o pueden ser más importantes que las imágenes —contrariamente al dicho de que vale más una imagen que mil palabras—.

Como de la *nexi liberatio* me ocuparé en el apartado siguiente, al tratar de los textos latinos, y del *nexum* —que tratamos de desentrañar—, poco más se sabe, con certeza, que era un acto *per aes et libram*, relacionado con el préstamo y los deudores, examinaré a continuación determinados aspectos de la *mancipatio* y las que se consideran aplicaciones especiales de la misma.

La mancipatio

El negocio transmisivo más usual, cuando todavía no existía la moneda, debió ser la permuta. Y es posible que el ganado, mayor o menor, hiciese la función de la moneda. Cuando se empieza a utilizar la balanza y el metal, las transacciones se realizan mediante una venta, cuyo precio no consistía en dinero, sino en una cantidad de metal —fundamentalmente cobre o bronce—, que necesitaba ser pesado con aquella balanza. Primero era el metal en bruto —*aes ruda*— que más tarde tomó la forma de barras acuñadas (*aes signatum*), en que el cuño sólo servía para contrastar el metal como medio de pago, no para determinar su valor.

En un principio, la mancipación, como tal negocio, sólo tenía lugar, respecto de los objetos que el comprador podía tomar con la mano —*mancipare*, de *manus capere*—, remontándose hasta los tiempos en que la propiedad consistía sólo en esclavos o en ganados —*familia pecuniaque*—.

Más tarde la mancipación es la forma primitiva y general de la venta para las denominadas *res Mancipi*. Así pues, el pago se hizo con la ayuda de una balanza sostenida por un testigo imparcial (según AZCÁRATE, en su «Historia de la propiedad», sería un sacerdote, quizá fundándose en que una balanza se guardaba en un templo, como luego veremos), *libripens*, sostenedor de la balanza, sobre la que se depositaba la cantidad de metal convenida. Del ritual de la *mancipatio* solamente nos interesa destacar que, según pone de relieve GAYO —Instituciones, I, 119—, el adquirente —*mancipio accipiens*— se apoderaba formalmente de la cosa —que podía ser un símbolo o representación de ella—, tocándola o asiéndola con la mano, y, simultáneamente, hacía una declaración solemne, que constaba: de una *afirmación*, que coincidía con la de la fórmula de la *legis actio per sacramentum*: «Yo afirmo que este hombre (tratándose de un esclavo) es mío, según el derecho de los Quirites»; y una aclaración: «y que es comprado con este cobre y esta balanza de cobre». Después golpeaba la balanza con el metal y daba éste como precio al transmitente. Lo importante de aquella declaración, para el tema de que tratamos, es el orden de la misma, como puso de manifiesto IHERING, lo cual también veremos en otro apartado.

El mancipante no tenía que decir nada, pero también podía hacer una declaración solemne —*nuncupatio*— para adicionar determinada cláusula, que, como *lex privata* tenía efectos jurídicos conforme a las XII Tablas: «*cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*». Este texto es tan importante que es tenido en cuenta por todos los romanistas que se han ocupado del tema de que tratamos, lo cual también veremos.

La noxae datio

Cuando el delincuente era un *filius in potestate patris* o un esclavo, no es él el responsable del pago de la multa. La acción penal se dirigía contra el padre o contra el dueño, pero uno y otro podían eludir su responsabilidad mediante la entrega del ofensor al actor por *mancipatio*. Fuera del campo de los delitos, en los que puede ser impuesta una multa, la *noxae datio* es inadmisibile en Derecho clásico.

La coemptio

Era el acto normal para que el marido adquiriese la *manus* sobre la mujer. El paterfamilias de ésta (cuando era *sui iuris*), o ella misma con la *auctoritas* de su tutor, cede, mediante el acto *per aes et libram*, el poder sobre ella mediante un precio simbólico al marido. Este debía pronunciar una fórmula, de cuyo texto resultaba que la mujer no caía en situación análoga a la de la esclava, como *mancipium* del marido, sino que iba a ocupar en la *domus* la posición correspondiente a la mater familias —*uxor in manu*— (ver GAYO, 1, 113, 123). No obstante, parece seguro que, en una fase más arcaica, la *coemptio* servía para la compra efectiva de la mujer, tal como la conocieron muchos Derechos antiguos.

La emancipatio

Aparte de otras causas de emancipación, GAYO —2, 132— nos describe la que tiene lugar mediante tres mancipaciones sucesivas, cuyo fundamento está en una ley de las XII Tablas, conforme a la cual: «*Si pater filium ter venum duit, filius a pater liber esto*» = «Si un padre vende tres veces al hijo, el hijo quedará libre del padre».

El procedimiento es el siguiente:

«El padre vende a su hijo a una persona; ésta le manumite por la vara, con lo cual revierte a la potestad del padre; éste lo vende nuevamente a la misma o a otra persona (aunque es costumbre venderlo a la misma persona), y éste le manumite después por la vara otra vez, con lo cual revierte nuevamente a la potestad del padre; por tercera vez el padre lo vende a la misma persona o a otra (aunque es costumbre venderlo a la misma persona), y con esta *mancipación* deja de estar en la potestad del padre, aunque todavía no esté manumitido, sino en *mancipio*».

La adoptio

En sentido estricto, esto es, la *adoptio* de un «*homo alieni iuris*» fue un acto creado por la jurisprudencia cautelar de la antigua República. Primeramente debía procederse a la extinción de la patria potestad mediante la triple venta por *mancipatio*, cuya forma ya hemos visto. A este acto seguía una *in iure cessio*, mediante la cual el *adoptans* reclamaba al *adoptandus* como hijo suyo.

El testamentum per aes et libram

También GAYO —obra citada, 2, 104— nos lo describe, sucintamente, así:

«Esto se hace de la siguiente manera: una vez escritas las tablas del testamento, y presentes, como en las otras ventas solemnes, cinco testigos ciudadanos romanos púberos y el portador de la balanza, el testador vende formulariamente su familia a otro, en cuyo acto el comprador de la familia pronuncia estas palabras: “FAMILIAM PECUNIAMQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQUE QVO TV IVRE TESTAMENTVUM FACERE POSSIS SECVNDUM LEGEM PVBLICAM, et, ut quidam adiciunt, AENAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA” = “Afirmo que acepto el encargo sobre tu familia y bienes, poniéndolos bajo mi custodia, y que, para que puedas hacer testamento legítimo, según la ley pública, los compro con este bronce, y, según algunos añaden, con esta balanza de metal”. Entonces golpea con la barra de bronce la balanza, y entrega aquélla al testador en calidad de precio, y luego el testador, con las tablas del testamento en la mano, dice así: TRANSMITO, LEGO Y TESTO EN LA FORMA EN QUE ESTAN ESCRITAS ESTAS TABLAS ENCEDAS Y, POR LO TANTO, VOSOTROS, CIUDADANOS, SEDME TESTIGOS DE ELLO. Esto es lo que se llama nuncupación, pues nuncupar es nombrar públicamente, y así el testador designa y confirma en conjunto lo que escribió detalladamente en las tablas del testamento».

La fiducia

La fiducia es un negocio formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res Mancipi* a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a

otra persona designada por éste. La transmisión se hacía mediante *mancipatio fiducia causa*, si bien esta mención de la causa no era suficiente para tipificar el acto, pues de ella tan sólo se derivaba una obligación de restituir, sin determinar cómo y en qué momento. Para ello era necesario convenir un pacto especial, del cual se pudiese deducir si la fiducia tiene un fin de garantía —*fiducia cum creditore*— u otro distinto —*fiducia cum amico*—.

Los autores, al examinar los distintos actos que hemos expuesto, suelen hablar de la fuerza expansiva de la *mancipatio*, basada en razones de economía jurídica. Sin embargo, creo que se puede pensar que esto es un efecto. La causa habría que buscarla en la gran importancia, que, desde un punto de vista jurídico-religioso, tuvo para los romanos el *aes et libram*, como parte integrante del rito o ceremonia en que consistía el acto jurídico que se iba a celebrar. En algún otro pueblo, como el egipcio, la balanza tuvo igual o mayor importancia, pero desde un punto de vista estrictamente religioso, como veremos más adelante.

2. LA LEGIS ACTIO PER MANUS INIECTIONEM

Hay que examinar este procedimiento, por lo menos, para tener una idea sobre si el *nexus* y el *addictus* suponían la misma situación o se trataba de algo distinto.

Mediante dicho procedimiento, el acreedor coge materialmente al deudor, pronunciando unas palabras solemnes que indican que adquiere el poder sobre el ejecutado: «*Quod tu mihi iudicatus sive damnatus est, sestercium X millia quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X millium iudicati manus injicio*» = «Puesto que has sido condenado o damnado a mi favor en X mil sextercios y no has pagado, realizo sobre ti la aprehensión corporal».

El condenado no podía defenderse por sí mismo, sino que requería la intervención de un tercero, *vindex*, que, a su vez, si sucumbía, tenía que pagar el doble al acreedor —*litiscaesio*—. Si no intervenía el «*vindex*», es decir, alguien que saliera garante del deudor, éste era atribuido solemnemente por el magistrado al acreedor —*addictio*—. El deudor, o sea, el *addictus*, era llevado o arrastrado a la casa del acreedor, quien lo encadenaba y encarcelaba con unas cadenas de un peso no superior a quince libras. Durante este estado de prisión, el deudor podía alimentarse a sus expensas, o bien debía ser alimentado por el acreedor, aunque éste sólo estaba obligado a entregarle una libra de harina al día. Existía todavía la posibilidad legal de pactar y, si no pactaban, la prisión debía durar lo suficiente para que el deudor pudiera ser exhibido en tres días de mercado consecutivos, para ver si alguien tenía piedad y pagaba por él. Transcurrido el plazo indicado,

el acreedor podía matar al deudor o venderlo *trans Tiberim* como esclavo. Esta disposición se remonta a un tiempo en que la orilla derecha del Tíber era territorio extranjero, es decir, antes de la toma de Veyos y de la ocupación romana de tierras etruscas en aquel área. La opinión común de historiadores y juristas entiende esta disposición en el sentido de que el ciudadano no podía ser vendido como esclavo en su patria.

ALVARO D'ORS —*Derecho Privado Romano*, 1991, parágrafo 113, *in fine*— nos dice que «no se sabe cómo se regulaba aquella extraña situación, ni hay noticias seguras sobre la existencia de prisiones privadas, ya que —*ibidem*, nota 11—, como situación normal, no es imaginable que los acreedores tuvieran sus prisiones para retener a los eventuales deudores; la presencia de un deudor en la propia casa sin saber muchas veces qué provecho se podía obtener de su trabajo, hubiera resultado una incómoda carga más que una seguridad; dificultades suplementarias ofrece el supuesto normal de pluralidad de acreedores». No obstante, creemos que parece posible que el *addictus* —y tal vez el *nexus*— pudiera ser retenido por el acreedor como un esclavo de hecho, pero sin prisión, y, normalmente, sin cadenas».

FRANCESCO DE MARTINO —*Intorno all'origine della schiavitù a Roma*—, al comentar la ración que diariamente tenía que suministrar el acreedor al deudor, se pregunta durante cuánto tiempo y cuántos deudores sobrevivían a este régimen. Esta pregunta, en tanto en cuanto va dirigida a poner de manifiesto la situación deplorable de los deudores, creo que puede resultar un tanto tendenciosa, ya que si el acreedor realmente quería vender al deudor, es lógico suponer que procurase cuidarlo lo suficientemente bien, pues si presentaba un aspecto lamentable, es muy seguro que nadie quisiese comprarlo. También entiende el autor citado que la exhibición en los tres mercados estaba prescrita con la finalidad de encontrar un comprador en la patria, y sólo después se permitía la venta fuera de ella. No puede creer que en unos tiempos en los cuales no había abundancia de fuerzas de trabajo, la legislación romana indujera tan fácilmente a privar a la comunidad de brazos que resultaban necesarios. Tampoco esta opinión resulta muy convincente porque va en contra del espíritu del Derecho romano, que —como vimos— no admitía que ningún ciudadano romano pudiese hacerse esclavo en Roma, y DE MARTINO sostiene que el pueblo romano fue el más esclavista de la historia. Lo que sería factible es que el acreedor vendiese al deudor mediante *mancipatio*, con lo cual el deudor sería una persona *in mancipio*. «De todos modos —dice— no está claro que el deudor *addictus*, es decir, atribuido al acreedor, estuviese obligado a la prestación de trabajo».

En el supuesto de que fuesen varios los acreedores, éstos podían repartirse el cuerpo del deudor —según se entiende el *partes secanto* atribuido a las XII Tabas—, lo cual a ALVARO D'ORS —lugar citado, nota 8— le parece un mito pintoresco, ya que el reparto del cuerpo del deudor resulta inver-

símil incluso para la época más arcaica, porque según determinados textos de AULO GELIO, la venta del deudor como esclavo en el extranjero —*trans Tiberim*— parece incompatible con aquella ejecución tan truculenta. Y, en efecto, desde un punto de vista económico, no tenemos más remedio que dar la razón a este sabio romanista, pues no tiene mucho sentido el repartir el cuerpo del deudor entre los acreedores, con el fin de satisfacer sus créditos. Ahora bien, sin darle mucha importancia al tema, a pesar de que el mismo ha sido objeto de una específica literatura —LÉVY-BRUHL, GEORGESCO, MACCORMACK—, si el *partes secanto* existió —aunque haya pasado a las XII Tablas como letra muerta, ya que no hay ningún otro testimonio de tal ejecución—; tal vez habría que buscarle alguna explicación, y sólo veo dos posibles razones:

- Una, es pensar que, si con aquel procedimiento no se producía una satisfacción económica, se produciría, al menos, una muy discutible satisfacción distinta, que no puede ser otra que considerarlo como un producto residual de la primitiva venganza, la cual en muchos pueblos antiguos era un deber sagrado, y que persistió, aun en plena etapa histórica, en el Derecho germánico. ARIAS RAMOS —*Derecho Romano*, Tomo I, pág. 169— parece que da por supuesta la existencia de tal idea de venganza, pues, sin tocar concretamente la cuestión relativa al *partes secanto*, sin embargo al tratar de la *in ius vocatio* —la antigua forma de citación en el procedimiento romano—, considera ésta como un resabio de toscos usos pretéritos que enlazan tal procedimiento con la época de la venganza privada. Y pienso que también recoge esta idea el siguiente texto de las XII Tablas: «*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*» = «Si arrancó un miembro a alguien y no pactó con él, aplíquese el talión». Porque el talión es una especie de venganza, aunque controlada y regulada, que también supone un residuo de la venganza privada. Pero aún hay más: Tanto en el Derecho clásico como en el justiniano, se cita como un caso de «indignidad para suceder» —aunque con un sentido distinto al actual—: «el no cumplimiento de la obligación de la venganza por el asesinato del *de cuius*» —en el Derecho clásico este incumplimiento consiste en la no persecución judicial contra los asesinos—.
- Otra es la de MAX KASER —*Derecho Privado romano*, pág. 362—, quien considera que el precepto se refiere a la distribución de las partes del cadáver, que los ejecutantes retienen para forzar a los parientes del ejecutado —sobre los cuales se ciernen divinas amenazas por la insepultura del mismo— a que paguen la deuda.

De todas formas no hay que olvidar, como puso de relieve ROBERT VON MAYR —*Historia del Derecho romano*, I—, que el *partes secanto* puede

suponer una atenuación del rigor de la ejecución, ya que, según los principios generales vigentes en materia de comunidad, cada cotitular podía impedir con su veto la división.

La *manus iniectio* era procedente, en el caso de un *iudicatum*, de una *confessio in iure*, o en virtud de una *DAMNATIO*, que vamos a ver a continuación.

3. LA «DAMNATIO»

Según ALVARO D'ORS es una antigua forma de condena cuasisacral que puede derivarse:

- a) De la imposición por el juez que condena a un demandado: la *condemnatio* es, así, un tipo de *damnatio*, y de efecto directamente ejecutivo.
- b) De una *mancipatio*, es decir, del acto solemne *per aes et libram*, porque, respecto al mancipante, podía ejercitarse la *manus iniectio* en dos supuestos:
 - Cuando era responsable por la eventual evicción de lo mancipado, responsabilidad que recibe el nombre de *auctoritas*. Se suele llamar *actio auctoritatis* a la *manus iniectio* contra el mancipante, cuando resultaba que la cosa transmitida pertenecía a un tercero, siempre que el accipiente no hubiese llegado a usucapirla.
 - Cuando la declaración de la cabida del fundo mancipado resultaba falsa, dando lugar a una *manus iniectio* contra él, llamada *actio de modo agri*.
- c) Del incumplimiento por el adquirente de ciertas *leges mancipationis*, o leyes privadas, impuestas por el mancipante. Un supuesto especial es el del *testamentum per aes et libram*, cuando el mancipante imponía al que recibió los bienes una ley privada para que pasaran determinados bienes a otra persona: *legatum per damnationem*.
- d) Del enigmático *nexum*, aunque este supuesto lo considero con ciertas reservas, ya que entra dentro de lo posible, que, mediante el *nexum* se evitase el procedimiento brutal de la *manus iniectio*, como luego veremos.

Pero también la *damnatio* podía venir impuesta por leyes públicas:

El caso más notorio es el de la *lex Aquilia de damno*. Pero nos interesa más el de la *lex Publilia de sponsu* —siglo IV a.C.—, que daba una *manus iniectio* como acción de regreso a favor del «sponsor» contra el deudor afian-

zado y liberado que no le pagaba dentro del plazo de seis meses, acción que se extendió al fideipromissor de la *Lex Furia de sponsu* —siglo II a.C.—. Asimismo la *Lex Apuleia* daba al fiador una *manus iniectio* contra el acreedor que le hubiese exigido más de lo que proporcionalmente le correspondía.

En la *lex Furia testamentaria* se da una *damnatio* contra el que hubiese exigido de un heredero un legado de más de mil ases, y en la *lex Marcia* una *damnatio* contra los usureros.

A lo que expone ALVARO D'ORS se puede añadir que, muy posteriormente —tal vez en la época imperial—, surgen unas *damnationes* muy particulares:

La *damnatio ad bestias* era una condena consistente en el abandono del reo a las bestias en el circo; constituye uno de los *summa supplicia*, a imponer con ocasión de un delito público. En el Digesto se distinguen dos supuestos: uno, en que el condenado iba a actuar —teóricamente— de cazador, en cuyo caso se consideraba que no era esclavo, y otro en que iba a actuar de cazado, en que sí lo era —cfr. Digesto 48, 19, 8, y Digesto 48, 19, 29—.

La *damnatio ad metalla* es una condena consistente en trabajos forzados en las minas, que suponía una penalidad inferior a los *summa supplicia* y que se imponía en delitos públicos que no eran de suma gravedad.

La *damnatio memoriae*, por fin, es la cancelación de la memoria de una persona condenada a muerte y ejecutada, o muerta durante la acusación. Tenía un carácter político. Los crímenes contra el pueblo traían esa consecuencia —*ignominia post mortem*—, que suponía que el nombre del autor fuera borrado, destruidos sus monumentos y declaradas nulas sus donaciones y disposiciones *mortis causa*. La imposición de esta pena era competencia del Senado.

4. LA *SPONSIO* Y SUS DIFERENCIAS CON EL *NEXUM*

Esta palabra parece que viene del griego «spendein», hacer un pacto, un tratado consagrado por libaciones.

La *sponsio*, tal vez fue una institución de carácter jurídico-religioso, y de la que se dice que pudo derivar de un juramento prestado por el deudor sobre el altar de Hércules —DIONISIO DE HALICARNASO, *Historia antigua de Roma*, I, 40—. FESTO nos dice que el *spondere* tenía lugar *interpositio rebus divinis*.

Aunque prescindan de las ideas del historiador y escritor citados, varios romanistas suelen considerar que la *sponsio* tiene un origen religioso, considerándola como un juramento promisorio. Otros —CUQ, HAEGERSTRÖM, MAGDELAIN— creen que el primitivo carácter religioso venía de ceremonias sacrales o simbolismos mágicos que acompañaban a la arcaica *sponsio*.

ALVARO D'ORS —obra citada, parágrafo 425— nos dice que la *sponsio* fue, en un principio, una modalidad de juramento similar al *votum* «sin más» sanción que la sacral, y que tenía aplicación también para promesas de tipo internacional.

FUENTESECA se pone al lado de aquellos romanistas que consideran que el origen de la noción romana de *obligatio* se halla en la *sponsio*, antiguo juramento, secularizado en las XII Tablas. «Esta transformación del vínculo religioso en deber jurídico se realizó mediante la laicización del proceso. De la *sponsio* surge la posibilidad de demandar *in jure* al obligado mediante «*actio in personam*» —*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*—. La *sponsio* fue una promesa jurada que tuvo aplicación, como se sabe, incluso en las relaciones internacionales, según nos recuerda el episodio de las horcas caudinas. Se podía prometer nada menos que la paz: *pacem futuram spondes?* Parece claro que promesas como ésta, de tan impreciso contenido, solamente tendrían alguna eficacia mediante la entrega de rehenes. En esta entrega de rehenes, como mecanismo de garantía, se pasaría, con el auge de la economía monetaria, a una promesa alternativa de dinero.

MAX KASER entiende que la palabra *sponsio*, de *spondere*, hace pensar en una promesa acompañada de un juramento, que no era ejecutable por vía procesal; su incumplimiento acarreaba sanciones de carácter sacro. Quien quebranta su juramento incurre en la venganza de la divinidad por la que se había jurado.

Ultimamente AMELIA CASTRESANA —en su trabajo *La estipulación*— nos dice:

«No hay duda de que el verbo *spondere* es una forma secularizada de una vinculación arcaica de carácter sacral, que obligaba en la esfera religiosa. La secularización de la misma y su ingreso en el mundo jurídico arrancan de la Ley de las XII Tablas, que sanciona las deudas nacidas *ex sponsione* mediante la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. El primitivo carácter religioso del vínculo y la fuerza mágica de la fórmula verbal corroboran el ámbito restringido de la *sponsio*. Fuera del *ius civile*, para formalizar las relaciones de los ciudadanos romanos con los peregrinos en múltiples y variadas operaciones del tráfico internacional debía utilizarse “algo que intuitivamente es mucho más comprensible..., la lealtad, el respeto a la palabra dada”. El juego de la pregunta y respuesta, característico de la vieja *sponsio* se sustituye ahora por otros términos que, sin perder su capacidad para crear vínculos jurídicos, resultan accesibles a los peregrinos...»

También de la *sponsio* se dice que tiene el alto valor que una vieja civilización atribuye a la palabra dada. Frente al nexu corporal, la atadura

de la palabra consiste en sentirse ligados a la propia declaración, y a esto se añade el hecho cierto de que evita la sumisión del cuerpo del deudor —*corpus obnoxium*—.

Creo que las anteriores afirmaciones sólo son ciertas en parte, porque si lo fuesen totalmente, bastaría la simple palabra del deudor o del fiador, sin más. Pero esto ni es, ni pudo ser nunca así. Si en Roma se atribuía valor a la palabra, no era por ésta simplemente, sino porque se había dado bajo una determinada fórmula o forma. Aunque se prescinda de lo que dice DIONISIO DE HALICARNASO, resulta, más que razonable, pensar que la *sponsio* consistía en una fórmula sacral —palabras cuasi-mágicas, como dice JOAN MIQUEL—, pero no sacramental, pues es muy dudoso que pudiese implicar un juramento por la atroz situación en que podían encontrarse los perjuros.

Según el texto que CICERÓN atribuye a la Ley de las XII Tablas:

«*NULLUM ... VINCULUM AD ADSTRINGENDAM FIDEM IUREIURANDO MAIORES ARTIUS ESSE VOLUERUNT*» = «Quisieron los antepasados que no existiese vínculo más fuerte para constreñir a respetar la palabra dada que el juramento».

Por tanto, si la *sponsio* implicaba un juramento, el deudor o el fiador que no pagaba a su debido tiempo se convertía en perjurio, en *homo sacer*, al que cualquiera podía darle muerte. La expresión *sacer esto* suponía originariamente una sanción de tipo religioso que comportaba algo peor que la muerte.

Nos dice IHERING —y también Radbruch—:

«El *homo sacer* vivía en estado de proscripción religiosa y civil. Sujeto a la venganza de la divinidad a quien había ultrajado con su mala acción y excluido por consecuencia de la comunidad humana, se le privaba de todos sus bienes en provecho de los dioses, pudiendo incluso ser muerto por el primero que así lo quisiera. ¿El *sacer* había incurrido en una pena? No, si se entiende por pena un mal que sigue a la perpetración de un delito. Pero llegar a ser *sacer* era la pena más grave que imaginarse puede, porque no hay mal que esta situación no encerrase, que de hecho llevaba consigo el último grado de perseguimiento y de humillación. También al enemigo se le privaba de derecho; pero lo que agravaba la posición del *homo sacer* era el elemento psicológico, o sea, el convencimiento de ser para los dioses y para los hombres objeto de maldición, de execración y de horror; un ser infestado a quien se arrojaba de la comunidad de los hombres entre las bestias salvajes, evitado y huido por todo el mundo, pudiendo considerarse feliz si encontraba a alguno que creyese que, el quitarle la vida, era un acto meritorio. En una palabra, era el estigma de la maldición que pesaba sobre él, y el sello del proscripto que convertía su

posición en nada tan miserable como ella. La pena, según la idea originaria, no sólo era un simple mal, sino que tenía por objeto purificar al delincuente para reconciliarse con los dioses y con los hombres. En el *homo sacer*, por el contrario, aunque hubiese durado su horrible situación toda la vida, no conseguía nunca semejante fin expiatorio: el que así era maltratado moría tal como había vivido, irreconciliable con Dios y con los hombres; la espada de la justicia se hubiera manchado al contacto con su sangre, y como estaba fuera de todo derecho, la ley penal no tenía por qué ocuparse de él. El estado de *homo sacer* no puede ser definido de otro modo, sino como el de un malhechor impío privado de toda esperanza de entrar en la comunidad de los hombres y de la religión.

Ahora bien, sólo ciertos delitos imprimían el carácter de *homo sacer* a sus autores: la sevicia cometida por los hijos contra sus padres, la traición del cliente hacia su patrono, el arranque de las lindes...»

Por todo lo dicho creo que es preferible ver en la *sponsio* el empleo de palabras sacrales —que eran más que suficientes para que el que las pronunciaba se considerase comprometido—, pero no un juramento.

Concretamente, JUAN IGLESIAS —*Derecho Romano*, 1972, pág. 372— nos dice que mientras que el *nexum* puede crear un estado de sujeción personal, una ligadura actual de la propia persona, la *sponsio* da vida a una responsabilidad que sólo se hará efectiva en el caso de incumplir la prestación. Institución muy antigua —que convive con el *nexum* y nada indica que sea sensiblemente posterior—, la *sponsio*, en su primera aplicación, es una promesa solemne que hace el fiador al acreedor, y no el deudor a éste: el *obligatus* es el sponsor. Con la sucesiva evolución de la *sponsio*, la promesa se cambia entre acreedor y deudor, quedando a salvo la posibilidad de que medie una promesa accesoria del fiador.

De lo que dice este romanista se puede deducir que, si no había persona alguna que afianzase la deuda, y el deudor no tenía suficientes bienes *nec Mancipi* para garantizarla mediante prenda manual —*pignus*—, la única garantía que podía ofrecer al acreedor era su propia persona, celebrando el *nexum*.

Las ceremonias que acompañaban a la *sponsio*, a medida que ésta cobraba mayor extensión, fueron descuidadas, y entonces recibe un nombre más en armonía con su función, que era fortalecer la convención de las partes. Tal fue la *stipulatio* —cuya etimología también es desconocida, pues «stipula» significa paja, tallo o flauta—: esta manera de contratar acabó por ser accesible aun a los extranjeros, a condición, sin embargo, de emplear otros términos, porque el verbo *spondere* quedó reservado para los ciudadanos romanos.

Consiste en una pregunta solemne hecha por el estipulante a otra persona, que responde congruentemente y queda obligada por su promesa: el estipulante se hace acreedor, y el promitente se hace deudor.

La *stipulatio*, quizá naciera como negocio solemne, similar al *nexum*, pues en éste —como veremos— un deudor se sometía a su acreedor para una eventual ejecución en caso de incumplimiento. La fusión del acto sacral de la *sponsio* con el civil de la *stipulatio* se produce, no sabemos cómo, en un momento anterior a las XII Tablas, que sanciona ya ese negocio con la *legis actio per iudicis postulationem*.

El deudor promitente aparece como *reus promittendi* o *promissor*, y el estipulante como *reus stipulandi* o «*stipulator*». La respuesta del promitente debía seguir sin dilación a la pregunta del estipulante, y debía repetir el mismo verbo de ésta. La forma verbal más antigua era la de *spondes? - spondeo*, que se reservó a los ciudadanos; pero en el derecho clásico se admiten otras formas como *promittis? - promitto*, *dabis? - dabo*; *facies? - facio*. La *sponsio* es más especialmente una forma de estipulación con fin de fianza, y el término *sponsor* sólo se emplea para designar a este tipo de fiador.

Finalmente diremos que la *sponsio* perdura actualmente, en cierto modo, en los «esposanles», y, desde el punto de vista morfológico, en la figura anglosajona del «sponsor», que, aunque tiene el significado de fiador, sobre éste prevalece el de patrocinador.

5. LAS PERSONAS «IN MANCIPIO»

El paterfamilias podía ceder sus hijos a otro, como esclavos, para conseguir un lucro con la venta o para librarse de una deuda. Pero si la cesión tenía lugar en territorio romano —o más tarde, en las ciudades pertenecientes a la liga latina—, el hijo no se convertía en esclavo, sino que se encontraba, *in mancipio* o *in mancipii causa*. En realidad, su posición era la de un esclavo de hecho. Por ello los juristas clásicos nos dicen que tales personas están *servi loco*, *in conditione servile*, y son librados de la condición de personas *in mancipio* mediante las formas de manumisión —*censu*, *vindicta*, *testamentu*— usadas para los esclavos.

En la época clásica desaparecen aquellas cesiones y se conservan sólo las necesarias para realizar la emancipación —como vimos, mediante tres ventas consecutivas del hijo—, y la *noxae deditio*, que tenía lugar cuando se cedía a otro el hijo para librarse de las consecuencias de un acto ilícito cometido por él.

6. LA CLIENTELA

El poder del *paterfamilias* se extendía a todos sus descendientes, incluidas las mujeres que con ellos se casaban, si bien las hijas o nietas salían de su dependencia mediante las justas nupcias, bajo la *manus* de su marido, en cuya familia entraba. Sólo a la muerte del jefe —*paterfamilias*— los hijos se convierten, a su vez, en padres de familia. Así la familia podía llegar a comprender bastantes personas. Pero no formaban parte de ella los huéspedes —*hospites*—, porque como miembros de una comunidad no se establecen bajo el techo donde han sido acogidos. Tampoco los esclavos, porque forman parte del patrimonio y no son en realidad miembros de la familia. Pero sí comprendía los clientes, es decir, todos aquellos que no siendo ciudadanos, sólo gozaban en Roma de una libertad templada por el protectorado de un ciudadano padre de familia. Según MOMMSEN, los clientes son, o transfugas procedentes del extranjero, recibidos por un romano, que les presta su apoyo y asistencia, o antiguos esclavos en cuyo favor ha abdicado el dueño sus derechos, concediéndoles la libertad material. No obstante, ALVARO D'ORS es favorable a la idea que ve el origen de la clientela en el hecho de que algunas familias patricias empobrecidas quedaran subordinadas a otras enriquecidas de la misma gens, sin incorporarse a la plebe.

Curiosa es la situación del cliente, que no es un ingenuo o libre, pero tampoco puede asimilarse a un esclavo, pues aunque esté falto de libertad plena, puede gozar de ciertas facultades, según la costumbre y la buena fe del jefe de la casa. Forma como el esclavo, parte de la servidumbre doméstica, y obedece la voluntad del patrono —*patronus* derivado de la misma raíz que *patricius*—, quien puede disponer de su fortuna y reducirlo, en ciertos casos, al estado de esclavitud y ejercer sobre él un derecho de vida y muerte. Ahora bien, aunque el patrono debe a todos los suyos, esclavos o clientes, la solicitud de un padre, representa y protege, de una manera especial, los intereses de los clientes. Este deber de protección por parte del patrono era sagrado y su violación producía *execratio*, y ya hemos visto las terribles consecuencias que esto producía. En las XII Tablas se dice:

«*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*» = «Si el patrono defraudare a su cliente, sea execrado».

La estructura de la sociedad romana, con su distinción, que acabamos de ver, entre protectores —*patrones*— y protegidos —*clientes*— favorecía la garantía personal —*fianza*—, la cual tenía más importancia que la real —*pignoratitia*—, de modo que los conflictos, más que entre acreedor y deudor, se plantearían entre deudor y fiador, porque la acumulación de fianzas podía crear situaciones embarazosas para los mismos fiadores. Así se

cuenta de Tiberio que prefería pagar directamente a los acreedores de sus protegidos que salir fiador de estos.

No cabe duda que este afianzamiento reduce bastante las posibilidades de que se utilizase el negocio del *nexum* como garantía. Pero también es indudable que habría casos en que, al que contrajese la deuda, no le afianzase nadie, y que, aun en el caso de que el deudor se garantizase a sí mismo —mediante *sponsio*, en el supuesto de que ello fuese posible—, el acreedor no le admitiese tal garantía. Parece, pues, que el *nexum* era el último recurso que tenía el deudor, al igual que hoy sucede, en muchos casos, con la llamada prenda sin desplazamiento.

II. TEXTOS JURIDICOS Y DE LOS HISTORIADORES

En los manuales y tratados de Derecho romano solamente vienen citas breves, y, muchas veces, ni tan siquiera esto. Por ello —para tener en cuenta el mayor número posible de datos—, a continuación transcribo todos los textos y fragmentos —o, por lo menos, la mayor parte— que puedan estar relacionados con el *nexum*.

1. TEXTOS JURÍDICOS

Estos son muy escasos. El *nexum* se menciona en tres fragmentos, que se supone que estaban integrados en las XII Tablas. Muchísimo más tarde, en las Constituciones imperiales del siglo III —C. 8, 27, 2; 7; 17— se emplea la expresión *res nexa* para indicar la cosa pignorada.

FESTO nos dio a conocer dos de aquellos fragmentos, y GAYO uno, cuando, en sus Instituciones, trata de la *nexi liberatio* —que, *prima facie*, parece que se trata de algo inverso al *nexum*—. En otra ocasión se refiere al *nexum*, como negocio relacionado con el suelo itálico, pero sin que, en la misma, se suponga ninguna integración en las XII Tablas.

Sabemos muy poco de estos dos autores:

SEXTI POMPEYO FESTO —siglo II o III d.C.— escribió «*De significatione verborum*», siendo lo fundamental que se conserva de esta obra un resumen de PABLO DIÁCONO del siglo VIII, quien ha alterado multitud de voces, introduciendo otras. En el siglo XVI ESCALIGENO y URSINO complicaron más la cuestión al tratar de llenar los espacios en blanco y los trozos ilegibles. Un verdadero trabajo crítico sólo se hizo a principios del siglo XIX por el alemán KARL OTTFRIED MÜLLER.

GAYO, del que sólo se conoce el *praenomen*, como otros de su época —mitad del siglo II d.C.— parece que fue más bien un maestro de derecho

más que un verdadero jurista, y como tal debió de vivir en una provincia oriental. Escribió varias obras, pero como señala ALVARO D'ORS —*Derecho Privado romano*, parágrafo 52— sus Instituciones tuvieron una suerte del todo singular, pues se hicieron libro de texto para el primer curso de la carrera de Derecho en Constantinopla y Berito. Además tienen un gran valor porque no han sufrido las manipulaciones de los Compiladores justinianos y, por tanto, es la única obra que puede darnos alguna información sobre las antiguas instituciones, por ejemplo, sobre el procedimiento arcaico y clásico.

Pero también tenemos que mencionar un tercer personaje. Se trata de AULO GELIO, que fue un crítico y gramático, nacido en Roma en el siglo II d.C. Su gran obra «*Nottium Atticarum*» —escrita en lenguaje arcaico y, según algunos, bastante desagradable (habla de toda aquella antigualla de las XII Tablas)—, contiene numerosos fragmentos, que eran desconocidos, de autores antiguos. Está contenida en 20 libros, de los cuales sólo se perdió el 8.º

a) Los pasajes de FESTO, que, al parecer, se refieren a determinados textos de las XII Tablas, dicen así:

— «*Nexi mancipi que forti sanatique idem ius esto*» = «Los nexi, mancipi, fortes y sanates tengan el mismo derecho».

Como estamos tratando de los «nexi», diremos que, con el término *mancipi*, muy posiblemente se refiere el texto a las personas que estaban *in mancipio*, es decir, los hijos de familia que, entregados por haberlos vendido sus padres, se encontraban temporalmente en situación de semiesclavitud bajo la potestad del «paterfamilias» adquirente.

Las XII Tablas establecen los mismos derechos para unos que para otros:

— «*Nuncupata pecunia et, ut ait Cincius in l. II de officio iurisconsulti, nominata, certa, nominibus propriis pronunciata. "CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT ITA IUS ESTO"*. Id est: uti nominarit locutusve erit, ita ius esto». (El texto que se supone que estaba integrado en las XII Tablas es el escrito con letra mayúscula) = «Dinero expresado es, como dice Cincio en el l. II *La misión del jurisconsulto*, el nombrado, cierto, pronunciado en sus denominaciones propias. "Cuando se haga un *nexum* o una mancipación, lo que la lengua pronuciase sea derecho". Esto es: lo que fuese nombrado o hablado sea derecho».

Tengo que decir que algunos romanistas, entre ellos GARCÍA GARRIDO, en el texto citado, dan por sentado que, en lugar de *mancipiumque* se debe leer *mancipiumve*. Esta es también una cuestión algo dudosa, porque en escritos, incluso no demasiado antiguos, la «u» se podía escribir como una «v», y la

«v» como una «u». De todas formas esta cuestión puede que no tenga mucha importancia, cualquiera que sea el criterio que se adopte, pues según el Digesto:

«Dice Labeón que la forma conjuntiva “y” a veces vale como disyuntiva» —50, 16, 29—.

«Sucede a veces que la conjunción vale como disyuntiva y viceversa, y a veces, lo que va unido, como unido, y otras, como separado...» —50, 16, 53—.

Las XII Tablas se referían al *nexum* juntamente con la *mancipatio* para dar fuerza jurídica a la *nuncupatio* —*uti lingua nuncupassit, uta ius esto*—.

b) El texto de GAYO sobre la *nexi liberatio*

Esta, como forma de *solutio per aes et libram*, es un acto para extinguir formalmente una obligación pecuniaria —originariamente a causa del *iudicatum*—, pero no presupone necesariamente un *nexum* con fin de préstamo.

La *solutio per aes et libram* es un medio de extinción aplicable a las obligaciones nacidas del *gestum* —hecho, obra— *per aes et libram* —*nexum*—, a las provenientes de condena judicial y a los legados damnatorios. En presencia de cinco testigos, cuando menos, y de un fiel contraste —*libripens*—, el deudor hace esta declaración:

«*Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aenaeque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam*» = «Puesto que yo he sido condenado en tantos mil para ti, te pago y ME libero mediante esta moneda y esta balanza de metal. Peso para ti esta libra primera y última según la ley pública. Entonces golpea la balanza con el *raudusculum* y lo entrega al acreedor a manera de pago —*veluti solvendi causa*— (GAYO 3, 174).

La anterior traducción, aunque un tanto discutible, suele ser la usual. La de MAX KASER —obra citada, pág. 398— no resulta muy convincente, pues habla de «me desato y libero de ti».

¿Qué razón de ser tiene un ritual tan extraño como el descrito? Utilizando el mismo argumento de JOAN MIQUEL (para la *mancipatio*), podemos decir que para «contestar a esta pregunta podemos arrancar del método de las supervivencias, pues obviamente en el ceremonial descrito por GAYO hay cierta distonía entre la estructura del negocio y su función, lo cual indica que es un residuo de una época anterior. Se habla de una balanza, que a pesar de lo que se dice, con ella no se pesa nada; se pronuncian unas palabras

solemnes; se entrega un trozo de bronce como si fuera el pago completo, y el deudor queda liberado. Aunque GAYO no lo diga, se trataría de una *imaginaria solutio*. Pues bien, arrancando de ahí, el método de las supervivencias postula simplemente una coincidencia originaria total entre la estructura y la función del negocio en el Derecho arcaico, de suerte que en este Derecho lo que nos describe GAYO como *nexi liberatio* no era un pago imaginario, sino real; el trozo o barras de cobre, que se entregaban, no era, por tanto, «la libra primera y última» sino el pago del total, y la balanza no era sólo un símbolo, sino que servía efectivamente para pesar el cobre en una época en que éste era el dinero».

Por consiguiente, esta forma de liberación tuvo que sufrir una evolución similar a la de la *mancipatio*, y así resulta que, en principio, pudo haber sido el pago efectivo de una deuda derivada del *nexum*, y más tarde se convierte —al igual que la *mancipatio*— en un acto simbólico —*imaginaria solutio*—, que representaba un pago ficticio, pero que libera, en todo caso, al deudor. Desaparece en el Derecho justiniano. La fórmula completa que ofrece GAYO atañe a la liberación de la *damnatio* del *iudicatum*. Pero en este texto se puede entender incluida no sólo la *iudicatio*, sino también la *damnatio* —ya vimos antes como en la *manus iniectio* se habla de *iudicatus sive damnatus*—. De todas formas, GAYO nos muestra un texto que supone —como en la *mancipatio*— el final de una evolución. Nada impide que el texto primitivo se refiriese al *nexum* o a una *damnatio*.

MAX KASER —*ibidem*, 234— nos dice que tal acto formal «sirvió primeramente para liberar a un tercero cuando era éste y no el propio responsable quien pagaba la suma debida. El tercero que pagaba no se proponía conseguir la total liberación del responsable, sino que a cambio de la suma entregada pretendía conseguir un poder sobre el deudor que asegurase el derecho a obtener el reembolso de la cantidad satisfecha. Este tercero que pagaba el débito solía ser un pariente o congénito del responsable, lo que aseguraba a éste un trato más benigno que el que, lógicamente, le habría dispensado el primer acreedor, cuyo derecho era cedido al tercero. Por esta razón el hecho de pagar el tercero era sentida por el responsable como una *liberatio* o *solutio*.

Sin embargo, hay que advertir que lo que dice MAX KASER no concuerda, en modo alguno, con el texto literal de la fórmula de la *nexi liberatio*. Su hipótesis sólo sería explicable cuando el condenado a pagar fuese el fiador. Si pagase otro tercero, éste lo haría sin necesidad de ser condenado o damnado, y este requisito lo presupone la referida fórmula. Además, habiendo un fiador, comprometido mediante la *sponsio*, ya no resultaría necesario acudir al *nexum*. Por ello, creo que, a la fórmula de la *nexi liberatio*, hay que buscarle otra explicación, y ésta no puede ser otra, como dije antes, que la de su evolución. Primero debió de ser un pago efectivo realizado por el

mismo deudor —*nexus*—, y después, aun habiendo desaparecido esta figura, se aplica, ya en forma simbólica, a la liberación de cualquier deuda contraída en forma solemne y, obviamente, a la derivada del *iudicium*, es decir, la del *condemnatus*.

c) El pasaje de GAYO relativo al suelo itálico: —Instituciones 2, 27—

«*Praetera admonendi sumus, quod veteres dicebant soli Italici nexum esse, provincialis soli nexum non esse, hanc habere significationem: solu Italicum Mancipi esse, provinciali nec Mancipi esse, aliter enim veteri lingua actus vocatur, et quod illis nexus, idea nobis est Mancipatio*».

«Por lo demás hemos de advertir que el dicho de los antiguos, de que cabe nexo o negocio del suelo itálico, pero no del suelo provincial, significa que el suelo itálico es *mancipable* y el provincial es *inmancipable*. En efecto, este acto se llamaba antiguamente de otra forma: LO QUE NOSOTROS DECIMOS MANCIPACION ERA NEXO PARA LOS ANTIGUOS».

Este fragmento figura en la edición dirigida por RAFAEL DOMINGO, en la que colaboraron varios ilustres romanistas —Textos de Derecho Romano, Aranzadi, 1998—, tomando como base, respecto a las Instituciones, la 7.^a edición de SECKEL-KÜBLER (Teubner, Leipzig, 1935). Bien es verdad que el texto está reconstruido, pues al original le faltaban varias palabras, pero la reconstrucción —que fue realizada por GÖSCHEN— resulta verosímil, ya que coincide, en cierto modo, con lo que dijeron MANILIO y SCAEVOLA, que veremos inmediatamente.

2. TEXTOS DE GRAMÁTICOS E HISTORIADORES

a) VARRÓN —polígrafo del siglo I a.C.—, cuyas obras se han perdido en su gran mayoría, tiene un pasaje en su Tratado *De lingua latina*, Libro VII, 105, cuyo tenor literal es el siguiente:

«En *El adulator* se dice:

“*Nexum...*” (La cita está incompleta y es dudoso si procede del *adulator* de Plauto o del de Nevio).

“*Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur in quo sint Mancipia. Mutius scribit quae per aes et libram fiant ut obligentur praeter quae Mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum*”

verbum ostendit, nan id aes, quo obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum".

"Escribe Manilio que *nexum* es todo lo que se lleva a cabo por la balanza y el metal, entre lo cual están las mancipaciones; Mucio, lo que se lleva a cabo por la balanza y el metal para que quede obligado, exceptuando lo que es dado por *mancipio*. Que esto es más exacto, lo muestra la palabra misma, pues este dinero que queda obligado por la balanza no se hace suyo, y de ahí que se llame *nexum*"».

(Manio Manilio y Mucius Scaevola fueron famosos juristas. De la obra del primero se conserva muy poco).

Si nos fijamos bien en las palabras atribuidas a MUCIO, resulta una clasificación bipartita de los negocios *per aes et libram*. Por una parte, aquellos que sirven para constituir el *nexum* (todo lo que se lleva a cabo por la balanza y el metal, excepto las mancipaciones). Por otra, precisamente, las mancipaciones, que también se llevaban a cabo *per aes et libram*. En el *nexum* se adquiriría sólo un poder sobre una persona, y en la *mancipatio*, un poder sobre una cosa o sobre una persona (personas *in mancipio* y no *in nexo*).

«Liber qui suas operas in servitutem pro pecuniam quam debuerat dum solvere nexus vocatus ut ab aere obaeratus».

«El libre que prestaba sus servicios en un estado de esclavitud por el dinero que debía, hasta que lo pagara, es llamado *nexus*, como el endeudado por dinero».

Según este último fragmento parece que el *nexus* quedaría como semi-esclavo del acreedor y debería trabajar hasta pagar su deuda.

ALVARO D'ORS comenta este texto en la forma que veremos hacia el final.

«...et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti» = «Y todos los que juraron por la "masa de bienes" (?) no fuesen *nexi* sino liberados».

(De este fragmento se ocupó ANDRÉ MAGDELAIN, como luego veremos).

b) TITO LIVIO, en su obra *Ab urbe condita*, nos relata los conflictos y tensiones que siempre hubo entre deudores y acreedores —aunque también es probable que fuesen entre deudores y fiadores—, cuyo resultado final parece que se tradujo en la abolición de la ejecución en la persona del deudor.

En el Libro II, 23, en el que nos dice lo siguiente:

«La guerra con los volskos era inminente y, por otra parte, la ciudad, enfrentada consigo misma, estaba encendida por el odio

intestino entre senadores y plebeyos, debido sobre todo al esclavizamiento por las deudas...

Un hombre de edad avanzada se precipitó en el foro llevando sobre sí las señales de todos los sufrimientos: sus ropas estaban cubiertas de mugre, y más desagradable aún era el aspecto de su cuerpo consumido, lívido y macilento; por si esto fuera poco, lo largo de su barba y cabellos había dado a su rostro una expresión salvaje. Desconocido como estaba, se le reconocía, sin embargo, y se decía que había mandado una centuria y se enumeraban otros brillantes hechos de armas, compadeciéndose todo el mundo; él mismo mostraba las cicatrices dando cara al enemigo, como testimonio de haber peleado honrosamente en más de una ocasión. Al preguntarle por qué tenía aquel aspecto, por qué estaba tan desfigurado, como lo rodeaba una multitud a manera casi de una asamblea del pueblo, dijo que, mientras él estaba en el frente en la guerra contra los sabinos, sus tierras habían sido devastadas y no sólo se había quedado sin cosecha, sino que su granja había sido incendiada, todos sus bienes saqueados, su ganado robado; en esa racha tan desafortunada para él, se la habían reclamado los impuestos y había contraído una deuda; ésta, incrementada por los intereses, le había hecho quedarse, primero, sin la tierra de su padre y de su abuelo, después sin los demás bienes y, finalmente, como si fuera una enfermedad contagiosa, había alcanzado su cuerpo, y su acreedor lo había arrojado, no a la esclavitud, sino a una mazmorra y a una cámara de tortura. Acto seguido mostró la espalda hecha una lástima por las huellas recientes de los azotes. Al verlo y escucharlo se eleva un enorme griterío. La agitación no se circunscribe al foro, sino que se extiende en todas direcciones por la ciudad entera. Los deudores, *cubiertos o no de cadenas*, se lanzan a la calle por todas partes pidiendo protección a los ciudadanos...»

Es dudoso si, en este caso del ex-combatiente, se trataba de un *nexus* o de un *addictus*. Pero al decir que primero perdió sus bienes, parece reconocer que ya existía la ejecución en los bienes, y tal vez, si estos no eran suficientes, procedía la ejecución en la persona, lo cual no dejaría de tener su lógica, aunque el texto no resulta demasiado explícito. De todas formas, y en contra de la idea de que los deudores cubiertos de cadenas (?) —fuesen *nexi* o no— estuviesen en prisión, se opone el hecho de que los mismos (que serían varios, o, tal vez, muchos) se lanzasen a la calle, pues una cosa difícilmente es compatible con la otra, ya que resulta demasiada coincidencia que, de las prisiones de los acreedores, se escapen, simultáneamente, varios —o muchos— deudores.

En *ibidem*, 27, nos dice:

«Derrotados los auruncos, los romanos ... esperaban el cumplimiento de las promesas hechas por el cónsul y garantizadas por el Senado, cuando Apio, debido al despotismo innato de su carácter unido al deseo de socavar la credibilidad de su colega, se puso a dictar unas sentencias lo más rigurosas que podía en materia de deudas. Seguidamente los antiguos deudores eran entregados a sus acreedores, y otros nuevos eran declarados deudores».

Parece seguro que cuando se habla de los antiguos deudores entregados a los acreedores se está refiriendo a los *addicti* y cuando dice que otros nuevos eran declarados deudores se refiere a los *condemnati*.

En otro pasaje, nos dice Tito Livio —*ibidem*, Libro VII, 19—:

«La suerte de la plebe romana no era la misma en el plano civil que en el militar, pues aunque al fijar el tipo de interés en un uno por ciento se había aliviado la usura, los indigentes se veían abrumados por la propia amortización del capital y caían en la esclavitud por deudas...»

En este pasaje puede referirse a los *nexi*, pues los *addicti*, para ser esclavos tenían que ser vendidos *trans Tiberim*, pues en Roma ningún ciudadano podía convertirse en esclavo. Por esta misma razón, los *nexi* no serían esclavos de derecho sino de hecho.

En el libro VIII, 28, podemos leer:

«Aquel año se le proporcionó a la plebe romana, en cierto modo, un nuevo estreno de la libertad, porque dejó de haber esclavitud por deudas, cambio jurídico debido a la lujuria a la vez que a la notable crueldad de un usurero. Fue este Lucio Papirio, en cuyas manos se entregó por una deuda paterna como esclavo por deudas Gayo Publilio, cuya edad y belleza podían mover a compasión, pero que encendieron en su ánimo una baja pasión vergonzosa. Pensando que la flor de su edad era un fruto sobreañadido al préstamo, intentó primero seducir al muchacho con proposiciones deshonestas; después, como hacía oídos sordos a aquella infamia, lo asustaba con amenazas y cada poco le recordaba su condición; finalmente, viendo que tenía más presente su condición de hombre libre que su actual situación, ordena que lo desnuden y que traigan las varas. Cuando el joven, lacerado con ellas, salió corriendo a la calle quejándose de la lujuria y crueldad del usurero, una enorme cantidad de gente, movida a compasión por la edad y encendida por lo indignante de la afrenta, pensando, por otra parte, en la propia

situación y en la de los propios hijos, corre hacia el foro y desde allí en tropel hacia la curia; y cuando los cónsules, forzados por el repentino tumulto, convocaron al Senado, a medida que iban entrando en la curia los senadores, les mostraba la espalda lacerada del muchacho y se echaban a los pies de cada uno de ellos. Aquel día, por la incontrolada prepotencia de uno sólo se quebró el fuerte vínculo del crédito y los cónsules recibieron el mandato de proponer al pueblo que nadie fuese sujeto con grilletes o encarcelado, a no ser que hubiese merecido castigo y hasta que purgase su culpa; *el dinero prestado gravaría los bienes del deudor pero no su cuerpo*. Quedaron así en libertad los esclavizados por deudas, y se tomaron medidas para que en adelante no hubiese más detenidos».

c) La coincidencia entre los historiadores —aunque lo más seguro es que se inspirasen en la misma fuente— puede observarse en la narración que, del último episodio, nos proporciona DIONISIO DE HALICARNASO —*Historia antigua de Roma*, Libro XVI, fragmento relativo a la abolición de la esclavitud por deudas—:

«No muchos años antes llevaron a cabo otro asunto todavía más asombroso que éste, aunque el ultraje se había cometido contra la persona de un esclavo. Un hijo de Publio, uno de los tribunos militares que habían entregado el ejército a los amnitas y habían pasado bajo el yugo, como había quedado en una situación de grave penuria, se vio obligado a pedir un préstamo para el entierro de su padre, con la idea de que sería ayudado por las contribuciones de sus parientes. Pero, viéndose frustrada su esperanza, cuando llegó el día del vencimiento del plazo, fue tomado él en lugar de la deuda, pues era muy joven y de aspecto hermoso. Este soportaba obedeciendo todas las órdenes que solían dar dueños a esclavos, pero se indignaba cuando se le ordenaba que concediera los favores de su cuerpo, y se resistía cuanto podía. Después de haber recibido muchos azotes por esta causa, salió corriendo hacia el Foro y, colocándose en un lugar elevado donde tendría muchos testigos del ultraje, explicó la lujuria del prestamista y mostró los cardenales de los azotes. Como el pueblo se indignó y consideró el asunto merecedor de la cólera pública, los tribunos presentaron una querella y fue condenado a pena de muerte. Por causa de este suceso, todos los romanos que habían sido esclavizados por deudas, recobraron su antigua libertad mediante la ratificación de una ley».

Este texto, aunque sólo en parte y con traducción bastante libre, es recogido por LACRUZ BERDEJO en su *Derecho de obligaciones* —vol. 1.º, 1985,

pág. 21, nota 3—, donde nos dice que «fue abolido el estado de *nexus*, debiendo responder de la deuda los bienes y no el cuerpo del deudor. Desde entonces el término *obligatio* viene a significar la constricción jurídica y no la sujeción del cuerpo». Como ya anticipamos, no existía el término *obligatio* en la fecha en que se sitúa la *Lex Poetelia*, de la que vamos a ocuparnos enseguida. Tampoco fue completamente abolida la sujeción del cuerpo del deudor, como veremos más adelante. Lo que se puede señalar es que LACRUZ —al igual que CASTÁN y algún otro— es uno de los pocos civilistas que, por lo menos, cita la figura del *nexus*.

Lo que resulta dudoso, en cualquiera de los dos textos —el de Tito Livio y el de Dionisio de Halicarnaso—, en el caso del joven, que relatan, es si se trataba de un *nexus* o de una persona dada *in mancipio*. Si el joven fue entregado en pago de la deuda, parece seguro que se trataba de una persona *in mancipio*. Si con el joven se hubiese garantizado el pago de la deuda, tenemos dos posibilidades:

- a) Que aún no se hubiese producido el impago. La entrega supondría una autopignoración, pero no un *nexum*, salvo las opiniones que luego veremos.
- b) Que ya se hubiese producido el impago. En este supuesto, creo que estaríamos en el supuesto del *nexum*, ya que la autopignoración despliega sus efectos en el momento de quedar incumplida la deuda, lo cual también veremos más adelante.

d) La *Lex Poetelia Papiria*

Según Tito Livio, esta ley fue para los plebeyos como la aurora de una libertad nueva. Su objeto no se nos ha revelado sino de un modo incompleto por un pequeño número de testimonios. El mismo Tito Livio —como antes hemos visto (Libro VIII, 28)— decía:

«*Pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse*»
= «El dinero prestado sujetaría (gravaría) los bienes del deudor, no su cuerpo».

Tito Livio sitúa la ley de abolición de la esclavitud por deudas en el tercer consulado de Gayo Petelio Libón, que coincide con el año 326 a.C. Pero Varrón refiere la citada ley a un personaje que fue dictador en el 313 a.C. y que, para unos, es el mismo citado, y, para otros, quizá más acertadamente, un hijo suyo.

Según el insigne romanista, ANDRÉ MAGDELAIN —*La loi «Poetelia Papiria» et la loi «Iulia de pecuniis mutuis»*—, hoy en día aún no se está de acuerdo

sobre el alcance que conviene atribuir a la Ley *Poetelia Papiria*. Esta incertidumbre es reflejo de las fuentes, que son a la vez escasas y contradictorias. Para VARRÓN (texto antes citado de *lingua latina* 7, 105 *ne essent nexi, dissoluti*), esta ley remite la suerte de los *nexi*, e igual para Cicerón (Rep. 2, 59, *nectierque postea desitum*). En cambio, para Tito Livio la ley no se ocupa solamente de ellos, sino que reforma profundamente la condición del conjunto de los *vincti* de la justicia civil: 8, 28, 8 «*ne quis, nixi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur*» = «Que nadie fuese sujeto con grilletes o encarcelado, a no ser que hubiese merecido castigo y hasta que purgase su culpa». Entendida así, esta ley es un monumento de gran importancia, ya que transformó el régimen de los deudores. Al referirse a ella, Cicerón evoca el nombre de SOLON, ya que Tito Livio habla de «*aliud initium libertatis*» = «otro inicio de libertad».

No obstante, determinados problemas persisten. Antes de esta ley, ¿la suerte de los *nexi* se diferenciaba de la de los *vincti*? ¿Distinguía dicha ley los *nexi* de los *iudicati*? ¿Liberó de las cadenas a los deudores cuya obligación no era *ex delicto*? ¿Con qué proceso sustituyó la desaparición del *nexum*?

ANDRÉ MAGDELAIN, sin dar solución a estas preguntas, pretende aclarar algunas palabras que para Tito Livio son lo esencial de la reforma (8, 28, 9), «*pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium*» = «el dinero prestado sujetaría los bienes del deudor, no su cuerpo».

MAX KASER rechaza esta interpretación de la ley. Da la impresión de abolir la ejecución sobre la persona, la cual permaneció durante mucho tiempo vigente; parece, además, introducir la ejecución sobre los bienes y ésta ya existía antes, pues AULO GELIO nos habla —20, 1, 19— de ejecución patrimonial para los deudores: «*nunc bona venum distrahuntur*» = «ahora se venderían detalladamente (uno a uno) los bienes».

Según MAGDELAIN estas observaciones son exactas. Pero parece difícil atribuir a Tito Livio, o a su fuente, contrasentidos tan graves que denotarían una ignorancia total de la justicia civil. Aunque los historiadores no sean juristas, hay que pensarlo dos veces antes de acusarlos de semejante ceguera sobre cuestiones de la vida cotidiana. La fórmula de Tito Livio no tiene sin duda este sentido. Seguramente no quiso decir que la Ley *Poetelia* había abolido la prisión por deudas, que sobrevive todavía bajo el Principado. Cuando esta ley niega al prestamista la posibilidad de encarcelar al deudor y le ordena atenerse a los bienes, contempla algo mucho más modesto que la sustitución de la ejecución sobre la persona por la ejecución sobre los bienes. Tito Livio omite el juramento que la ley impuso a los *nexi* para que puedan ser liberados; VARRÓN relata el contenido: «*ei omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti*» = «todos los que juraron por la masa de bienes fueron liberados de ser *nexi*». Si *bona copia* designa un

conjunto de bienes, el haber del deudor, entonces se entrevé en su abandono, después del juramento, otra manera de sustituir los *bona* al *corpus* del deudor, para dar satisfacción al acreedor. Se trataría de un precedente de la *cesio bonorum*, que elude el encarcelamiento. Si esto es lo que quiso decir Tito Livio, ya no se le puede acusar de ignorar los rudimentos más básicos de la justicia civil.

III. LAS OPINIONES DE LOS ROMANISTAS

1. La de GÓMEZ DE LA SERNA (1806-1871) tiene un especial interés para los hipotecaristas, pues fue uno de los autores de la Ley Hipotecaria de 1861. Que fue un gran romanista, con mucha intuición parece indudable, como lo prueba, por ejemplo —antes de aparecer el papiro de Oxyrhynco del siglo III, publicado por HUNT y BUCKLAND en 1927, y las diez páginas de un *Codex* de pergamino del siglo IV o V (pergamino de Antinoe)— el análisis, aunque breve, que hace de la *legis actio per iudicis postulationem* —en su obra *Curso histórico-exegético del Derecho romano*, tomo II, pág. 484—.

Pero veamos lo que nos dice acerca de la cuestión de que tratamos:

Distingue —obra citada, Tomo II, págs. 488 y 489— entre el adjudicado al acreedor antes de que se verificara su venta y este otro que los romanos llamaban *nexus* o *nexu vinctus*. Nos dice que no se halla este punto de la historia tan claro como fuera de desear para pronunciar una opinión libre de toda clase de impugnaciones. El ilustre SAVIGNY no está de acuerdo con la mayor parte de los escritores alemanes modernos, y en especial con NIEBUHR y ZIMMEERN, a los que siguen algunos jurisconsultos franceses. GÓMEZ DE LA SERNA adopta la opinión de éstos, que le parece la más probable: según ella, de la misma manera que el deudor podía entregar al acreedor una cosa suya con la condición de volverla a obtener si pagaba al vencimiento que se fijara, así también podía hacer otro tanto con su persona, su familia y sus bienes: en este caso el deudor, su familia y sus bienes venían a estar *in mancipio* del acreedor. Hacían esto los deudores, o bien para liberarse de la deuda ya existente, o para contraer una nueva: pero los que así se entregaban a los acreedores era sólo *como en prenda*, con el objeto de volver a la libertad una vez satisfecha la deuda. De aquí resulta que interponían un contrato de fiducia en virtud del cual se obligaba el acreedor a que si se le pagaba, devolvería al deudor su libertad por medio de la manumisión; al así liberado se le daba el nombre de *nexu solutus*. LA MANCIPACION NO DABA LA POSESION (en este punto se funda, entre otros textos, en el Comentario IV de las Instituciones de Gayo, núm. 131); por esto, en el caso de que el deudor no pagase al tiempo señalado, el acreedor tenía que reivindicarlo como *nexus*, y entonces, en virtud de la adición o adjudicación, *addictio*, adquiría la posesión. De lo

dicho se infiere que se diferenciaba el *nexus* del *addictus*, en que el primero, por la mancipación, sufría una capitisdisminución antes de estar adjudicado a su acreedor, mientras que el *addictus* no la sufría hasta el momento de ser enajenado; el *nexus* era esclavo de derecho, aunque hasta el vencimiento de la obligación gozaba de hecho de la libertad, pero el *addictus*, estando de hecho en esclavitud, no era esclavo de derecho; el *nexus*, aun después de pagar, necesitaba ser manumitido, y el *addictus* se liberaba por el solo hecho del pago; y por último, en que el *nexus* era una especie de liberto de su acreedor, y el *addictus* permanecía siempre ingenuo».

Esta especie de construcción de GÓMEZ DE LA SERNA tiene determinados puntos que es preciso aclarar o rectificar, porque:

- Si los deudores se entregaban a los acreedores y estos NO adquirían la posesión, tal entrega sería en concepto de prenda, pero de una prenda, que más tarde se llamó convencional —*pignus conventum*—, y después hipoteca. En el Digesto, 13, 7, 9, 2, se lee: «*Propie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecan, quum non transit nec possessio ad creditorem*» (Ulpiano) = «Llamamos propiamente prenda la que pasa al acreedor; hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión». No obstante, creemos que GÓMEZ DE LA SERNA acierta respecto al hecho que el deudor sujeto por el *nexum* no se entrega —hablamos de entrega efectiva— al acreedor hasta el eventual supuesto de que no pague la deuda.

Tampoco parece muy acertado que el acreedor tuviese que reivindicar al deudor como *nexum*, porque el acreedor ya había adquirido —y de forma solemne— una especie de derecho real sobre la persona del deudor. Producido el impago de la deuda, el acreedor no hacía más que ejercitar aquel derecho. La cuestión de si era procedente, en tal supuesto, la *manus iniectio* ya es más dudosa y de ella nos ocuparemos luego.

- Da por supuesto que la entrega del deudor —o mejor dicho, la constitución del deudor en *nexus*— se hacía mediante *mancipatio*, cuando lo único que tenían de común la *mancipatio* y el *nexum*, era el ser actos realizados por el rito del *aes et libram*, el cual no era lo primordial en la primitiva *mancipatio*, como luego veremos.
- Nos presenta al *nexus* como un esclavo de derecho y al *addictus*, como un esclavo de hecho, y parece deducir que la condición del primero era peor que la del segundo. Esto es mucho más dudoso e implica cierta contradicción. Si el *nexus* y el *addictus* son dos estados en que puede encontrarse el deudor, resulta indudable que el *nexus* está sujeto al acreedor y procede su entrega a éste si no paga; pero en el caso del *addictus* la falta de pago ya se ha producido, y, en

consecuencia, ya se ha seguido el procedimiento ejecutivo. Aparte de todo ello, hay que repetir que es casi unánime el criterio de los romanistas actuales de que ningún ciudadano romano podía hacerse esclavo en Roma.

2. Y ahora voy a examinar las opiniones de otros romanistas, que presentan una gran variedad de matices, de modo que, como apunta JUAN IGLESIAS —obra citada, pág. 372, nota 8—, puede hablarse de una verdadera guerra de palabras en torno al *nexum*. Por el mismo motivo resulta difícil hacer una clasificación de las distintas opiniones y teorías, lo cual intentaré sobre la base de omitir algunas y no llegar hasta las últimas diferencias respecto de otras.

1.^a La que entiende que *EL NEXUM SUPONE UN PRESTAMO*. Puesto que la *nexi liberatio* servía para disolver la obligación, el *nexum* debió ser un verdadero contrato destinado a crearla. Y así como la *mancipatio* fue primitivamente una venta al contado, para llegar a ser después una solemnidad que servía para adquirir el *dominium ex iure Quiritium* por cualquier título, el *nexum* sería originariamente un préstamo, para pasar luego a ser un contrato formal por el cual una persona quedaba obligada —prescindiendo de la causa— a entregar a otra una cantidad. La fórmula verbal contendría una *damnatio* que tendría la virtud de hacer el crédito directamente ejecutivo por *manus iniectio*, sin necesidad de recurrir previamente a la *legis actio sacramento* ni a ninguna otra declarativa. La lastimosa situación de los *nexi*, de que hablan las fuentes, no es otra cosa distinta que la de los ejecutados por *manus iniectio* con anterioridad a la *Lex Poetelia*.

Esta construcción se inició por HUSCHKE, quien sostuvo la opinión de que el *nexum* es un acto público, dotado de la fuerza ejecutiva propia de la *manus iniectio*. Aunque este romanista no merezca, tal vez, mucha confianza (fue el inventor del extraño animal que denominó *bovigus*, lo que ironizó IHERING —*Ridendo dicere verum*, 1987, pág. 159—, ello no obstante, una posición muy cercana a la suya fue la de LÉVY-BRUHL.

En análogo sentido, EUGENE PETIT —*Tratado elemental de Derecho romano*, 1876— nos dijo:

«Parece que las dos maneras más antiguas de obligarse que han estado en uso entre los romanos fueron primeramente el *nexum*, que tenía por causa un préstamo de dinero; después la *sponsio*. Sin duda, se practicaron desde su origen otras operaciones indispensables aun en una sociedad naciente. Pero unas, tales como la venta, el cambio, se hicieron desde luego al contado; las demás, como el depósito, el mandato, quedan fuera de la esfera del derecho y hallaban su sanción en las costumbres.

El *nexum* se realizaba por medio del cobre y la balanza, *per aes et libram*. En una época en que los romanos ignoraban aún el arte de acuñar la moneda, la cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza sostenida por un *libripens*, investido, sin duda, de un carácter religioso, en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y púberes. Las mismas formas servían, pues, en el contrato, *nexum*, y en el traslado de propiedad, *mancipatio*. Más tarde esta formalidad aplicada a la transferencia de la propiedad tomó el nombre de *mancipium* o *mancipatio*, y la palabra *nexum* fue reservada para la creación de la obligación. El peso del metal subsistió aún después de empezar a acuñar el cobre; porque esta moneda, aun tosca, no tenía valor más que según su peso, que era preciso verificar —Gayo, I, 122—. Pero después de la aparición de la moneda de plata, no se tuvo necesidad de pesar las piezas: se las cuenta. El empleo del cobre y de la balanza no tuvo ya desde entonces utilidad material. No se conservó como parte esencial del contrato más que a título de símbolo. A esta solemnidad iba unida una declaración del acreedor —o *nuncupatio*— que fijaba la naturaleza del acto y contenía una *damnatio*: esto era el equivalente de una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la *manus iniectio* contra el deudor que no pagaba. La persona misma del obligado estaba, pues, comprometida y respondía del pago de la deuda. En Tito Livio, II, 23 (6) se lee: «*Id (aes alienum) cumulatam usuris, primo se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortunis aliis, postremo velut tabem pervenisse ad corpus*» = «Esto —la deuda— le había privado de la tierra de su padre y de su abuelo y como una enfermedad, había alcanzado su cuerpo».

Contra este grupo de hipótesis —que quizá tengan determinada parte de verdad— se dice que confunde la naturaleza de la obligación en los tiempos primitivos —en que nació y se desarrolló el *nexum*— con el que tuvo después.

2.^a La que considera que EL NEXUM ES LA MISMA MANCIPATIO, que supondría un acto solemne de *AUTOPIGNORACION* del propio deudor, o del deudor y su familia, que se hacía en forma:

- O de *mancipatio* fiduciaria: SCHLOSSMANN, e igualmente HUVELIN, pero considerando que aquélla implica una *damnatio*.
- O de declaración solemne contenida en la *nuncupatio* por la que el deudor se entregaba incondicionamente a la *fides* del acreedor.

Los *nexi* eran, por tanto, individuos que se habían dado ellos mismos. El *nexum* no era un préstamo, ni originaba una deuda, sino que la suponía, y lo

que determinaba era un poder sobre la persona del deudor, bien de efectos inmediatos, bien de efectos aplazados hasta el momento de quedar incumplida la deuda. Esta doctrina, iniciada por NIEBUHR, defendida por MAYNZ, y desarrollada por MITTEIS, ofrece, además de las dichas, otras variantes:

MOMMSEN niega la fuerza ejecutiva derivada de la *damnatio*, pero considera el *nexum* como contrato formal, aunque acompañado de una automanipación del deudor, condicionada a la falta de pago.

ARANGIO RUIZ, BIONDI y BONFANTE creen que la sujeción de los *nexi* al acreedor no era condicionada por el incumplimiento del débito, sino inmediata, aunque los *nexi* gozarían muchas veces de una libertad de precario revocable *ad libitum* por el acreedor.

Concretamente, ARANGIO RUIZ —*Historia del Derecho romano*, 19, pág. 85— nos dice que, en el Derecho romano, el sistema de las obligaciones estaba adaptado a un mundo en el que la familia era un organismo cerrado de producción y de consumo y, por ello, de rarísimos cambios, mientras que el recurrir al crédito era tan sólo la última ratio de quien, en la lucha por la existencia, estaba próximo a sucumbir. En este campo también se acude a la *mancipatio* con dos finalidades distintas: una, para la fiducia, o sea, la venta de una cosa —normalmente un esclavo—, con el convenio de que cuando el vendedor estuviese dispuesto a restituir el precio, el comprador —acreedor— debería de proceder a una *mancipatio* en sentido inverso. De este modo resultaba que el precio desempeñaba la función de un préstamo, y la cosa vendida, de una prenda; la otra finalidad era el *nexum*, o venta de sí mismo o de su descendiente en las mismas condiciones en las cuales, en el caso precedente, se vendía la cosa; pero no para obtener el resultado de que el vendido se convirtiera en esclavo del comprador —la costumbre rechazaba que el ciudadano se hiciera esclavo en su patria—, sino para que el comprador —acreedor— pudiese cobrarse con su trabajo de la cantidad entregada, o bien para que, si no era pagado en un determinado plazo, le fuera lícito llevar a cabo contra el deudor un violento procedimiento ejecutivo. Tan sólo en una fase más avanzada —posterior a las XII Tablas—, la fiducia y el *nexum* se consideraron como medios de garantizar todo deber jurídico que derivase de la entrega de una cantidad de numerario hecha por el acreedor al deudor. En la época primitiva, en cambio, la *obligatio* era el vínculo que sujetaba, ligaba a la persona o a la cosa dada en fiducia o en *nexum*.

PEROZZI identifica los *nexi* con las personas *in mancipio*: el deudor no se daba en prenda, se vendía.

NOAILLES entendió que la situación de sujeción se establecía previamente a la concesión del *aes* por el acreedor al *nexus*. Esta opinión es una simple variante de las anteriores. Lo lógico es que la sujeción del deudor y la concesión del *aes* se realizasen simultáneamente; que una precediese al otro,

no es muy significativo en sí, salvo en lo que se refiere a las fórmulas cambiadas, como veremos más adelante.

Respecto a este grupo de opiniones, podemos hacer dos observaciones:

- En general, a ellas se opone el hecho de que en Derecho romano al hijo vendido por el padre mediante la *mancipatio* se le consideraba *in mancipio* y no *in nexo*, como debería llamarse de ser verdad esta hipótesis. La voz *nexus* no se aplicaba nunca en Roma al que había enajenado su persona mediante una *mancipatio*. La afirmación —al parecer de las XII Tablas— de que los «nexi y los mancipi» tuviesen los mismos derechos nos indica, precisamente, que se trataba de supuestos distintos.
- De tales opiniones resulta que el *nexus* siempre supone una garantía y que la entrega del mismo al acreedor puede quedar diferida hasta el impago de la deuda —SCHLOSSMANN, HUVELIN, NIEBUHR, MITTEIS, MAYNZ—, o que el deudor tendría una libertad revocable *ad libitum* por el acreedor (ARANGIO RUIZ, BIONDI, BONFANTE).

3.^a La que entiende que por el *nexum*, EL DEUDOR OBLIGABA SUS SERVICIOS, con formas ignoradas, y los de las personas en su potestad, quedando adscritas a prestar servicios al acreedor para saldar la deuda incumplida. Fue la opinión de SAVIGNY, GIRAUD y, posteriormente, CUQ. Se funda en el Texto de VARRÓN, que antes hemos citado: *Liber, qui suas aperas in servitutem pro pecunia, quam...*

Sin embargo, este texto no dice que el *nexum* constituya el contrato, la deuda, sino, a lo más, que el *nexus*, es decir, el deudor sujeto por el *nexum*, tenía que ceder sus servicios al acreedor —como máximo podía llegar a un acuerdo con éste— para evitar ser muerto o vendido *trans Tiberim*.

4.^a Otra doctrina, defendida por LENEL, entiende que el *nexum* y la *mancipatio* no serían dos actos distintos ni una misma cosa, sino dos partes distintas de un acto único. Hace hincapié en el valor de la partícula «que» de la palabra *mancipiunque* del texto de las XII Tablas: la partícula conjuntiva «que» indica la unión del *nexum* con la *mancipatio*, pues si fuesen dos actos distintos se emplearía la partícula disyuntiva «ve». Identifica el *nexum* con la *mancipatio*, defendiendo que la obligación surgida del *nexum* no es otra cosa que la garantizada por la *actio autoritatis*. Los *nexi* eran individuos que, habiendo enajenado por *mancipatio* cosas que no les pertenecían, resultaban obligados a pagar el doble del precio al adquirente.

Contra esta teoría se dice que no hay seguridad en la exactitud con que el texto ha sido transmitido, y que la palabra *mancipiunque* puede ser una interpolación o adición realizada en tiempos posteriores. De ser verdad la opinión de LENEL, los *nexi*, cuya condición miserable nos describen los historiadores de aquel tiempo, no serían proletarios endeudados por los

préstamos recibidos o por compras a crédito, sino especuladores que habían vendido lo que no les pertenecía, cometiendo un género de estafa que no se comprende cómo podían realizar los que eran pobres, lo cual es opuesto a todas las noticias que de ellos nos quedan.

5.^a Finalmente, una posición quizá un tanto aislada, es la de EDUARDO VOLTERRA —*Instituciones de Derecho Privado romano*, 1991, pág. 479—, quien ante la falta de cualquier mención del *nexum* como *contractus verbis* en las fuentes jurídicas conservadas en la compilación justiniana y en las demás colecciones, cree que la existencia de ese instituto no está demostrada por datos históricos positivos, sino que sólo está afirmada a través de hipótesis de investigadores modernos, a menudo contradictorias entre sí.

3. Una mención especial merecen las opiniones de nuestros romanistas:

— JUAN IGLESIAS entiende que la más antigua relación de crédito y de deuda nace del mutuo o préstamo de consumo, es decir, de la entrega de dinero o de cosas fungibles con la obligación de devolver, dentro de cierto tiempo, otro tanto del mismo género y calidad —*tantundem*—. Esta relación no se considera, sin embargo, como *obligatio*; la *obligatio* es el *nexum*, o sea, la *mancipatio* que hace el deudor de su propia persona EN GARANTIA del crédito. El *nexum* no es el mutuo, aunque lo presuponga de ordinario, ni es tampoco, por más que esté implícito, un acto que obligue a pagar: el *nexum* es una automancipación. De ella proviene el estado de prisión, que durará hasta que se cumpla la obligación.

Al *nexum* recurren quienes tienen una posición social y económica débil, e incluso se ha llegado a pensar que sólo es utilizado entre acreedor patricio y deudor plebeyo. En todo caso, el mutuo que presupone el *nexum* no es el *mutuum*, que nace de usos familiares, tiene carácter amistoso y excluye el interés.

— GARCÍA GARRIDO cree que la *mancipatio* sirve, aun en la época clásica, para la venta del deudor para garantizar el cumplimiento de una obligación. Del *nexum* dice que «este antiguo y desconocido acto, relacionado con la *mancipatio*, consiste en una automancipación o sometimiento de una persona a otra para GARANTIZAR una deuda propia o ajena. El mismo sometimiento o responsabilidad con el propio cuerpo resulta también de la *manus iniectio*.

En realidad la posición de este romanista difiere muy poco de los que consideran el *nexum* como una autopignoración, pues no existe ninguna diferencia entre ella y la automancipación con fines de garantía.

— JOAN MIQUEL —*Historia del Derecho Romano*, pág. 58— considera que el *nexum* es un acto formal generador de responsabilidad, y que consiste en la autopignoración del deudor al acreedor, de modo

que éste adquiere un derecho de ejecución sobre el cuerpo del deudor: si el deudor no cumplía su obligación, el acreedor lo podía vender *trans Tiberim*.

- GUTIÉRREZ-ALVIZ entiende que el *nexum* es el más antiguo negocio jurídico creador de una *obligatio*. La casi carencia de fuentes para su conocimiento impide conocer bien su alcance y naturaleza; sólo se conoce la dura situación de los *nexi*, la necesidad de emplear las formas de los negocios *per aes et libram* en su celebración y las de la *nexi liberatio* como forma de extinción. El *nexus* es la persona libre que, en virtud de haber quedado obligada respecto a otra por el contrato de *nexum* y habiendo llegado el día del vencimiento de la obligación no ha satisfecho ésta, queda sometida en virtud de la acción de la ley *per manus iniectione*, a una situación de cuasi esclavitud respecto a su acreedor, quien la lleva atada a su casa, donde permanece trabajando hasta que por sus servicios satisface la deuda o alguien la libera abonándola. Mientras permanece en tal situación no pierde su condición de hombre libre: sólo la perderá cuando transcurridos sesenta días sea vendida *trans Tiberim*.
- ALVARO D'ORS, como gran científico que es, no quiere comprometerse en esta cuestión, pues sólo da su opinión cuando cuenta con fundamentos seguros, y así nos dice que no se sabe exactamente en qué podía consistir este antiguo negocio, ya desaparecido en la época clásica, por el que una persona se sometía como deudor a su acreedor, para una eventual ejecución en caso de incumplimiento. Por un lado, parece que la solemnidad del *nexum* era la *mancipatio*, y, por otro, que el acto contrario de la *nexi liberatio*, que tendría una forma similar de restitución de la independencia del antiguo deudor —una *solutio per aes et libram*—, se conservó como forma de liberarse de la *damnatio* del *iudicatum*, siempre pecuniaria. Estaría, pues, ese enigmático *nexum* dentro del mismo ámbito de las otras acciones por *manus iniectione* que derivan de la *mancipatio*: el *nexum* sería como una auto-damnación de efecto ejecutivo solemnizada *per aes et libram*. En realidad, y por alguna conversación que tuve con él, sé que a este insigne romanista nunca le interesó mucho este tema del *nexum*, que cree más propio de historiadores y sociólogos —a diferencia de FUENTESECA, que lo considera como la *suma crux* de la investigación románica—.

Pero también, como resulta de lo expuesto en las opiniones de nuestros romanistas, prevalece la idea de garantía y que la efectividad de ésta queda diferida para el supuesto de impago de la deuda.

IV. CONCLUSIONES Y SUS BASES

Creo que, después de toda la materia examinada y la que vamos a exponer a continuación, podemos considerar que el *nexum* pudo haber sido:

1.º Un negocio prerromano, distinto e independiente de la *mancipatio*, y que, en la forma *per aes et libram*, anterior a la *mancipatio* —por lo menos a la celebrada bajo la misma forma—, y

2.º Un negocio que implicaba una sujeción de la persona del deudor al acreedor de forma análoga a la hipoteca actual respecto de la finca, de modo que el deudor, que no pagaba la deuda, se colocaba en una situación de esclavitud respecto al acreedor —aunque esa esclavitud fuese solamente de hecho—, prestándole sus servicios hasta el total pago de la deuda.

Para encontrar un fundamento respecto a lo primero, hay que examinar determinadas cuestiones, tales como: 1. Lo que pudiera denominarse período prerromano. 2. La utilidad del *nexum*. 3. La antigüedad del préstamo. 4. La de la balanza, y 5. El uso del metal —cobre o bronce—, y también por qué: 6. El *nexum* pudo haber sido algo distinto e independiente de la *mancipatio*. Respecto a lo segundo, hay que examinar los efectos del *nexum* y, más concretamente, en qué podría consistir el sometimiento del deudor al acreedor, lo cual haremos en el apartado V.

1. EL PERÍODO PRERROMANO

Mucho se ha escrito acerca de la fundación de Roma. De forma minuciosa se ocupan de este hecho, entre otros, Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso y Apiano, y en forma poética, Virgilio. Siempre fue considerado como un hecho de gran trascendencia, hasta el punto que trató del mismo la Ley XXVI, título XXVIII de la Partida III. Pero BERTOLDO JORGE NIEBUHR y TEODORO MOMMSEN negaron la casi totalidad de los hechos narrados por aquellos historiadores. Concretamente, MOMMSEN —*Historia de Roma*, vol. I, págs. 72 y sigs.— nos dice que «mucho tiempo antes del establecimiento de una ciudad propiamente dicha en las orillas del Tíber, parece que los Ramnes, los Ticios y los Lúceres, primero separadamente y después en común, habían ocupado las diversas colinas tiberinas. Tenían su fortaleza en la cima de estas colinas y sus aldeas en la llanura inmediata... Estos fueron los primeros establecimientos de donde parece haber salido la ciudad de Roma. Esta no fue, hablando con propiedad, fundada de una sola vez, como cuenta la leyenda: «edificar Roma no ha podido ser obra de un día...»

Pero lo que nos interesa destacar aquí es que estos pobladores de las colinas tenían sus tradiciones y sus costumbres, lo que más tarde pudo ser

considerado, tal vez, como los *mores maiorum*. Nunca se parte de cero y menos en materia jurídica o jurídico-religiosa. Además, como muy bien dijo ALVARO D'ORS —*Comunicación y humanidades*—, «el hombre que rompe las raíces, que empieza en el punto cero, ese hombre sin raíces es un hombre que no es humano». Por tanto, se puede hablar de un período prerromano y, asimismo, se puede pensar que, antes de la supuesta fundación de Roma, ya existían determinados usos y costumbres, por los que se regulaban las relaciones de los hombres entre sí.

Con esta cuestión se relaciona el llamado «problema indoeuropeo» —FUENTESECA—, el cual surgió cuando, en los estudios de filología comparada, se descubrió que el sanscrito, la lengua de los antiguos habitantes del Indostán, tenía algún parentesco con el griego y el latín, cuyo parentesco se extendió posteriormente a otras antiguas lenguas europeas, confirmándose el diagnóstico de un antiquísimo lenguaje común y, por tanto, de una posible raza unitaria. Los vocablos más corrientes de un sistema primitivo de vida —casa, puerta, oveja— parecían emparentados. Esta presunta sede originaria tendió a ser modificada suponiendo a los arios originarios de Europa. La investigación alemana profundizó en este tema y los indoeuropeos fueron denominados también indogermanos. Pero el eventual hallazgo de un sustrato indoeuropeo en las instituciones romanas ha constituido un motivo reiterado de hipótesis. Se llegó a ver un influjo indoeuropeo en el origen de algunos negocios jurídicos romanos como la antigua compra libral. Pero esto no deja de ser aventurado, pues como pronto veremos, la balanza existió en diversos pueblos y desde épocas muy antiguas.

Que la existencia del *nexum*, en Roma, se remontase a un período arcaico no resulta extraño, puesto que, por lo menos, se daban las condiciones necesarias para ello. En efecto, el préstamo —y el hurto—, como hemos dicho, deben ser tan antiguos como la humanidad misma; la balanza y el metal también existían; la necesidad de una garantía, en el supuesto del préstamo, igualmente resulta patente, dada la mentalidad que entonces debía imperar. De todo ello nos ocupamos a continuación siguiendo el orden antedicho.

2. LA UTILIDAD DEL *NEXUM*

A pesar y en contra de la opinión de EDUARDO VOLTERRA, no parece ofrecer duda alguna la existencia del *nexum*. En favor de ello están los textos ya citados, que se supone estaban integrados en la Ley de las XII Tablas; los escritos de gramáticos e historiadores —más concretamente el mismo texto de la *nexi liberatio*— y la convicción de la casi totalidad de los romanistas.

Cité, en concreto, la *nexi liberatio*, porque si ésta servía para liberarse de una deuda, o mejor dicho, para liberarse de la responsabilidad como

consecuencia de una deuda, el *nexum* debió de ser un verdadero negocio destinado a crearla —la responsabilidad o la garantía—. Por ello no resulta extraño que en el Digesto, 50, 17, 35, se diga:

«Nada hay tan natural como extinguir un acuerdo mediante la misma forma con la que se ha convenido; por ello, la obligación verbal se extingue por unas palabras y la obligación meramente consensual se extingue por el consentimiento contrario».

Y en el Digesto 50, 17, 100:

«Todo lo que se contrae de una determinada forma se puede deshacer por la contraria».

Dando por sentada la existencia del *nexum*, lo que se podría comentar es si representaba un trato muy duro e inhumano para los deudores. Bajo mi punto de vista, creo que no. Peor era la institución de la esclavitud, o el procedimiento brutal de la *manus inectio*, llevado a sus últimas consecuencias. Aunque todo esto es bastante relativo. Hay que tener en cuenta que la prisión por deudas subsistió hasta unos tiempos bastante recientes y que, aun hoy en día, hay una legislación fiscal, conforme a la cual puede darse una especie de prisión por deudas, al haberse creado un delito —artificial— en el supuesto de que, lo que se dejó de pagar al Fisco, exceda de determinada cantidad. Paradojas de este tipo suceden en todos los tiempos y latitudes. Por ello, en esta ocasión, traemos a colación las palabras de TEODOR MONNSEN —*Historia de Roma*—:

En el primitivo Derecho romano, «la ley, conceda o niegue, es siempre absoluta; si el extranjero es como la bestia cogida por los perros, el huésped es el igual del ciudadano. El contrato no engendra por sí mismo la acción; pero, si se reconoce el derecho del acreedor, se hace omnipotente. No hay excusa ni salvación ni aun para el pobre; no hay humanidad ni compasión; parece que el legislador se ha complacido en erigir en ley los extremos en todo; en llevar hasta el fin las consecuencias más despiadadas; en imponer violentamente, en su más dura inteligencia, la tiranía de sus principios absolutos. *Los romanos desconocían las formas poéticas, las sencillas y suaves imágenes, que son adorno de las antiguas costumbres germánicas*; entre ellos todo es claro y preciso; no hay símbolo ocioso ni disposición inútil. Su ley no es cruel, no dice ni hace más que lo necesario; ordena la muerte sin rodeos; pero nunca ha permitido la aplicación del tormento al hombre libre; ¡el tormento, para cuya abolición han necesitado tantos siglos los pueblos modernos!...»

Estas palabras de MOMMSEN son reveladoras, ya que nos sirven para explicar la dureza de determinadas instituciones y figuras. De todas formas, el que contraía una deuda, mediante el *nexum*, estaba en una situación mejor que la del esclavo o del *addictus*.

Pero lo que, precisamente, resulta paradójico es que este historiador y romanista haga una especie de alabanza de las costumbres germánicas, lo cual se comprende perfectamente —pues defiende el Derecho de su pueblo—, aunque creo que, en esta cuestión, lo que dice es más que dudoso porque tal alabanza no es muy creíble, teniendo en cuenta que CAYO CORNELIO TÁCITO, en su obra *Germania* —24, 1, 2, 3—, nos relata lo siguiente:

«El tipo de espectáculos es uno sólo y el mismo en todas las reuniones: jóvenes desnudos, para quienes esto constituye una diversión, se arrojan de un brinco entre espadas y amenazadoras frameas. La práctica les ha proporcionado técnica; la técnica, belleza; pero no los mueve el lucro o la recompensa: el placer de los espectadores es el premio a su juego por peligroso que sea. Sobrios y formales practican los juegos de azar con tanta temeridad a la hora de ganar o perder que, cuando ya no les queda nada, se juegan su libertad y su persona en un desesperado y definitivo envite. El vencido afronta una esclavitud voluntaria; por más joven y fuerte que sea, se deja atar y vender; tal es su obstinación en este lamentable asunto. Pero ellos lo consideran fidelidad a sus compromisos. Se deshacen de los esclavos de esta condición vendiéndolos, y así se libran al mismo tiempo del bochorno de tal victoria».

Además, cuando ya el Derecho romano estaba muy evolucionado, en el germánico se acudía todavía, en concepto de prueba, a los llamados «juicios de Dios» —*Gottesurteile*—, empleándose diversas ordalías como la del fuego o hierro candente —*ferrum candens*—, agua caliente —*aqua caldaria*—, agua fría —*aqua frígida*—, ordalía aleatoria —*positio ad sortem*— y, muy especialmente, al duelo —*pugna duorum*—.

Por otra parte, el pueblo clásico de «la venganza de la sangre» es el germánico. La venganza privada —*faida* en latín, *fehde* en alemán— no se aplica sólo al caso de homicidio o heridas, sino a muchos más. Pero, en todos ellos, la venganza no es sólo un derecho sino un deber que debía cumplir el jefe de la familia del agraviado o el más próximo pariente, incluso la mujer que debía vengar la muerte del marido. Este deber era sagrado y, como tal, indeclinable, constituyendo como una especie de culto debido a los manes de los muertos, estando exaltado por la religión gentílica, y siendo la venganza la pasión de los dioses del Walhalla, como lo era el placer de los del Olimpo.

Pero, como de lo que ahora se trata es de examinar la utilidad del *nexum*, para ello es conveniente dar una idea acerca de la mentalidad del hombre primitivo, y en este sentido, de acuerdo con THEODOR STERNBERG, se puede decir que, a diferencia del hombre civilizado, que piensa, el hombre primitivo sólo intuye, es decir, no trabaja tanto con la inteligencia como con la memoria; no piensa en actos abstractos sino que intuye imágenes concretas, plásticas. En consecuencia, cuando de alguna abstracción se trate, por muy simple que sea, el hombre primitivo abriga siempre el temor de ser engañado. Por eso, en un principio, sólo hay operaciones al contado, con entrega inmediata. La entrega a cambio de una compensación —que sólo más tarde tendrá lugar— es una cosa demasiado complicada para la inteligencia del hombre primitivo, aparte de que el cumplimiento aparece demasiado inseguro a causa del estado jurídico imperante. Tratándose de una deuda, la naturaleza propia de ésta hace que el acreedor no se sienta seguro hasta el momento en que se le paga. Por ello no es extraño que, desde los más remotos tiempos, hayan surgido instituciones o figuras, que teniendo un carácter mágico, religioso o jurídico, o los tres caracteres a la vez, proporcionaban al acreedor, por lo menos, una relativa tranquilidad. Tales eran las arras, las cláusulas penales, el juramento, la fianza en sus variadas formas y la misteriosa —por desconocida— figura del *nexum*, de la que nos estamos ocupando ahora.

Por tanto, cuando se trataba de una deuda, que entonces podía ser consideraba como importante, y el deudor no tenía suficientes bienes —de los llamados *nec mancipi*— para darlos en prenda, ni tampoco fiadores, ni el mismo podía afianzarse —como garante de sí mismo—, ya que el acreedor no confiaba en su solvencia, no tenía más remedio que recurrir al *nexum*.

Lo que acabo de decir justifica ya la necesidad o utilidad del *nexum*, si bien tengo que aclarar que empleo la palabra «primitivo» en un sentido relativo, tal vez como sinónimo de «antiguo», ya que ni aun los primeros romanos eran primitivos. Tampoco lo eran sus predecesores indoeuropeos, pues en el momento de su dispersión contaban con una perspectiva sobre el curso del mundo y de las instituciones: todo un patrimonio de conceptos que los romanos y demás herederos pudieron haber conservado en gran medida, en vez de partir de la nada, transformándolo más tarde o incluso cambiándolo por entero.

Pero hay, algo más respecto a la necesidad o utilidad del *nexum*, ya que creo que se debe tener en cuenta también la opinión de un historiador que, en una obra, hoy considerada como clásica, nos da una explicación que podíamos calificar de «atrayente». Me estoy refiriendo a FUSTEL DE COULANGES y su obra *La ciudad antigua*.

Parte del carácter religioso y familiar de la propiedad para llegar a la conclusión de que, en una época arcaica, era inalienable. Entre la mayoría de las sociedades primitivas, el derecho de propiedad se estableció por la religión. En la Biblia, el Señor dice a Abraham:

«Yo soy el Eterno, que te ha hecho salir de Ur de los caldeos para darte esta tierra»; y a Moisés: «Os haré entrar en la tierra que prometí a Abraham, y os la daré en herencia». Dios, propietario primitivo por derecho de creación, delega en el hombre su propiedad sobre una parte del suelo. Igual tradición se encuentra en los etruscos: «*Cum Jupiter terram Etruriae sibi vindicavit, constituit jussitque metiri campos signarique agros*» = «Cuando Júpiter reivindicó para sí la tierra de Etruria dispuso y ordenó medir los campos y señalar las tierras».

De tal modo era inherente la propiedad a la religión (doméstica), que una familia no podía renunciar a la una ni a la otra, es decir, la propiedad era inalienable, salvo en supuestos excepcionales. En el caso de Roma, hay razones para creer que, en los primeros tiempos, la propiedad era inalienable. Mas este carácter se relaja paulatinamente: sólo permanece en las XII Tablas respecto a la tumba. Sin embargo, la venta sólo podía hacerse en presencia del libripens y con todos los ritos simbólicos de la *mancipatio*.

El hombre no podía, o muy difícilmente podía, deshacerse de la tierra y menos aun podía despojarse de ella contra su voluntad, ya que la expropiación por motivos de utilidad pública se desconocía entre los antiguos. La confiscación sólo se practicaba como consecuencia de una sentencia de destierro. Y en este punto es donde llegamos al pasaje que más nos interesa de FUSTEL DE COULANGES:

«La expropiación por deudas tampoco se encontró jamás en el Derecho antiguo de las ciudades. La Ley de las XII Tablas no permite que la propiedad del deudor se confisque en provecho del acreedor. El cuerpo del hombre responde de la deuda, no su tierra, pues la tierra es inseparable de la familia; era más fácil someter al hombre a servidumbre que arrancarle un derecho de propiedad que pertenecía a la familia más que a él mismo; al deudor se le entrega en manos del acreedor; la tierra le sigue en cierto sentido durante la servidumbre. El amo que usa en su provecho las fuerzas físicas del hombre, goza también de los frutos de la tierra, pero no se convierte en propietario de ella. ¡Tan por encima de todo y tan inviolable es el derecho de propiedad! En el fragmento de las XII Tablas, que concierne al deudor insolvente, leemos: *Si volet suo vivo*; luego el deudor, casi convertido en esclavo, aún conserva algo; si tiene alguna propiedad no se le arrebata. Más tarde, cuando se suspendió la servidumbre física, fue preciso buscar un medio para tomar posesión de los bienes del deudor...»

El texto de las XII Tablas, cuyo fragmento cita FUSTEL, decía:

«*Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato*» = «Si quiere viva de lo suyo. Si no vive de lo suyo, quien le hubiese vencido (apresado) déle una libra de farro (pan) al día. Si quiere, déle más».

Aunque el anterior escrito, muy resumido, de FUSTEL, contiene ideas más o menos discutibles, parece que es un hecho universal que, tratándose de lo que hoy llamamos propiedad «inmueble», ésta era de difícil transmisión, al menos *inter vivos*.

En resumen: Hay razones de sobra que justifican la necesidad o utilidad del *nexum*. Cualquiera que sea la forma en que se contraiga la deuda, es indudable que el acreedor, para estar seguro —conforme a lo dicho—, sólo le abre crédito al deudor mediante cierta garantía. Esta sólo puede constituirse mediante el *nexum*, el *pignus* —concebido como prenda manual sobre *res nec Mancipi*—, la *sponsio* o la fiducia. La *sponsio* implica una fianza, incluso cuando el que hace la promesa sea el mismo deudor, si a juicio del acreedor es lo suficientemente solvente. La fiducia presupone una *mancipatio*, que en tal caso es una imaginaria *venditio* —y consiguientemente una transmisión de propiedad *fidi fiduciae causa*, como antes hemos dicho— por lo cual el *nexum* es una figura mucho más antigua que la fiducia (como también hemos dicho al principio y confirmaremos luego). Por tanto, la persona que no tenía fiador o que no era lo suficientemente solvente —a juicio del acreedor— sólo podía recurrir al *nexum* para obtener un préstamo.

3. LA ANTIGÜEDAD DE LA BALANZA

No se sabe, con seguridad, cuándo los antiguos romanos empezaron a utilizar la balanza. Tengo que tratar esta cuestión porque la tradición romana atribuye este invento a SERVIO, lo cual constituye el último argumento que cita MOMMSEN —*Historia de Roma*, I, pág. 229— para demostrar que la mancipación, en la forma que nos es conocida, es necesariamente posterior a la reforma serviana, si bien «aun admitiendo que el uso de la moneda y de la balanza sea más antiguo que aquél» (que el reformador). Sin embargo, creo que la balanza era ya conocida y utilizada por los antiguos romanos, incluso antes de la más o menos discutida fundación de Roma. Sólo diré unas palabras respecto a esta cuestión.

Numerosos documentos atestiguan el uso de la balanza en el mundo antiguo, en general: de un modo más o menos rudimentario, su uso se remonta a los pueblos prehistóricos.

Utilizando datos ciertos, se sabe que los antiguos egipcios ya la conocían: En las pinturas de Beni-Hassan —que datan de la XI dinastía, unos 2.800 años a.C.— está representado un modelo de balanza reducido a su más simple expresión. En un papiro de Tebas hay dibujada una balanza, y hay una notable representación de la balanza, encontrada también en Tebas (Abd-el-Gourna), referente a la XVIII dinastía. Pero en Egipto hay que destacar no sólo la antigüedad de la balanza sino la importancia que ésta tenía. En el Libro Sagrado, impropriamente llamado «Libro de los Muertos», cuyo título exacto sería «La salida al día» —1500 a.C.—, el juicio de ultratumba tiene lugar ante el dios Anubis, el cual examinará el fiel de una balanza en uno de cuyos platillos está colocado el corazón del difunto y en el otro la pluma de Ma'at. Si el corazón pesa menos que la pluma, o ambos platillos están totalmente equilibrados, el muerto está justificado. En caso contrario —cuando el corazón pesa más que la pluma— aquél cae en las garras del «devorador de los muertos».

Los griegos también conocieron la balanza desde una época muy antigua: Homero —siglo IX a.C.(?)— nos muestra la balanza en manos de Zeus, que la inclina para decidir los destinos. Unas pequeñas balanzas de oro fueron encontradas en una tumba de Micenas —ciudad floreciente en el 1600 a.C.—; y otra representación muy interesante de la balanza griega es la copa de Arcesilas, así como la representada en una gran ánfora de Tabidas.

Los etruscos conocieron también la balanza inspirándose en la griega.

Los asirios tenían una balanza muy semejante a la actual, que ha sido hallada en las ruinas de Nínive —destruida e incendiada en el 612 a.C.—. En fin, en el Antiguo Testamento, en diversos libros —alguno de más de 670 años a.C.— se habla de la balanza: En el Génesis (Oyó Abraham a Efrón y pesóle ante los hijos de Jet la plata que éste había dicho); en el Levítico (Tened balanzas justas, pesos justos, un efá justo y un hin justo); en el de los Proverbios (La balanza falsa es abominable a Dios, más la pesa cabal le agrada); en el de Isaías (¿Quién... pesó en la romana las montañas o en la balanza los collados?), etc.

Todo lo anterior nos induce a pensar que antes del año 753 a.C., fecha que, como dije, se fija para la fundación de Roma, ya podía ser conocida y utilizada la balanza por los mismos romanos.

En las XII Tablas, al regular los entierros, para que no fuesen demasiado suntuosos, se dice a propósito del muerto:

«...neve aurum addito. At cui auro dentes iuncti escunt. Ast im cum illo sepeliet uretve, se fraude esto».

«...no se agregue oro, pero si sus dientes están unidos con oro, aunque se le entierre o incinere con él, no habrá fraude».

Esto nos indica que los romanos ya hacían determinadas prótesis, aunque el pueblo romano no era precisamente el pueblo de la medicina, como sucedía en Egipto, según el testimonio de HERODOTO (éste nos dice, en el libro II de los nueve de la Historia, LXXXIV: «Reparten en tantos ramos la medicina, que cada enfermedad tiene su médico aparte, y nunca basta uno sólo para las diversas dolencias. Hierve en médicos Egipto: médicos hay para los ojos, médicos para la cabeza, para las muelas, para el vientre; médicos, en fin, para los achaques ocultos»). Por tanto, el fragmento transcrito de las XII Tablas es un indicio de que los romanos estaban lo suficientemente adelantados, como para poder pensar que ya utilizaban la balanza desde los primeros tiempos, porque resulta obvio que es mucho más fácil hacer una balanza —más o menos rudimentaria— que una prótesis dental.

Una balanza debió de existir casi desde el principio; esta misma o una similar continuó suspendida en el templo de Saturno —IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, pág. 691—, lo cual es muy significativo y, además, justifica las ideas —a que aludimos antes— de EUGENE PETIT y AZCÁRATE de que el *libripens* podía ser un sacerdote. Claro que esta intervención sacerdotal pudo haber sido necesaria en los primeros tiempos; pero cuando se generalizaron los negocios *per aes et libram*, la intervención de un sacerdote parece que sería una exigencia excesiva.

VARRÓN —obra citada, V, 183—, nos dice:

«*Per trutinam solvi solutum vestigium etiam nunc manet in eade Saturni, quod ea etiam nunc propter pensuram habet trutinam positam*».

(Hubo costumbre de pagar mediante una balanza: una huella de esto permanece aún ahora en el templo de Saturno, porque éste aún ahora tiene una balanza dispuesta para pesar).

Pero lo que hay que destacar es la importancia que la balanza tiene. Si los egipcios entendían que, mediante ella, podía y debía decidirse el destino de un muerto, los romanos también le dieron una gran importancia, si bien referida al campo jurídico, pues era un elemento indispensable para celebrar los negocios más formales y solemnes y, en este sentido, basta recordar el testamento *per aes et libram*, al cual antes hemos hecho alusión.

4. EL USO DEL METAL

Es un hecho recientemente comprobado —utilizando el carbono radioactivo C14— que, en la segunda mitad del tercer milenio antes de nuestra era, Italia recibe la llegada del cobre, cuyo conocimiento le viene de las civilizaciones evolucionadas del Mediterráneo oriental. De la *Prehistoria*,

de MARIE-HENRIETTE ALIMEN y de P. MARIE-JOSEPH STEVE, tomo este fragmento, referido a Italia:

«Durante un período bastante largo todavía, el metal siguió escaseando, aun en las colonias eneolíticas de las costas meridionales. SANGMEISTER ha propuesto explicar esta situación desconcertante por el hecho de que la corriente comercial que transportaba el cobre español hacia el Egeo habría evitado el sur de Italia. El centro y norte de la península, en cambio, se beneficiaron de sus intercambios con los Balcanes: ello sucede así, sobre todo, con las culturas eneolíticas de *Remedello*, al norte, y de *Rinaldone*, en el centro. Emparentados por su puñal, su hacha plana de cobre y sus largas puntas de flecha de sílex, ambos grupos se hallan relacionados con las culturas del norte de los Balcanes, de Baden y de Bodrogkeresztur. Esto indica la complejidad de los movimientos —migraciones, tráfico marítimo e influjos culturales— que modelaron la diversidad étnica y cultural de la Italia de comienzos del segundo milenio antes de nuestra era».

Pero, aunque se dude de las pruebas del carbono radiactivo —que, al parecer no es exacto, tratándose de períodos de más de 20.000 años, lo cual no ocurre en el presente caso— hay que tener en cuenta que romanistas tan insignes como MAX KASER —*Das Römische privatrecht*, Munchen, 1971— y ALVARO D'ORS —*Derecho Privado Romano*, 1991, parágrafo 133— admiten que el uso del cobre como medio de cambio empezó a comienzos del primer milenio a.C., pero sin forma de moneda, sino de barras —*aes rude*—, que podían fraccionarse en *rauduscula*; aunque las barras llevaran un sello, éste sólo garantizaba la aleación, pero no el peso; las barras debían pesarse con una balanza de platillos —*libra*— y cada barra pesada constituía una unidad (una libra), que era de unos 273 gramos. La libra entera se llamaba *as* (*libralis*) y sus doce fracciones mínimas *unciae*.

También, según el segundo romanista citado, el valor de cambio empezó por ser en Roma, como en otros pueblos, la cabeza de ganado (*pecunia* = ganado), tanto menor como mayor, y las más antiguas multas se fijaban en ganado —mayor—. Esto parece muy verosímil. Pero, en el caso de que se comprase un esclavo, pagando como precio, por ejemplo, dos bueyes —es una suposición—, ¿qué finalidad tiene, en este caso, la balanza? Creo que ninguna, porque el rito del *aes et libram* no reflejaría, en los primitivos tiempos, lo que, en la realidad, había sucedido jurídicamente. Por ello, me inclino por la teoría de IHERING —que luego se verá— y comprendo su extrañeza respecto al orden en que eran pronunciadas las palabras en la *mancipatio*, aunque a algún autor le sorprenda esta preocupación. Pero la misma tiene su fundamento, porque, en realidad, aquí se está jugando algo

muy importante e interesante: Si la *mancipatio* arcaica era una compraventa real, verificada al contado, mediante la pesada del metal, o hubo otra forma de *mancipatio* anterior, lo cual examinaremos en otro apartado. Pero antes, y sin ningún ánimo de polemizar sobre la materia, creo que el ejemplo expuesto tal vez podría explicarse admitiendo la coexistencia de dos medios de cambio —lo cual, indudablemente, es discutible y conjetural—: el ganado y el metal. Parece que, en un pueblo de pastores y labriegos, el medio más usual debería ser el ganado, ya que se adaptaría mejor a su mentalidad; pero tal vez sin excluir el metal (que ya se utilizaba, al igual que la balanza), y que serviría, quizá probablemente, para lo que hoy llamaríamos transacciones exteriores, o bien para solemnizar determinados préstamos. También es cierto que, para ello, debía de existir una equivalencia entre uno y otro medio de cambio y, en efecto, tal equivalencia existió. AULO GELLIO —obra citada, XI, I, 2—, nos habla de la *Lex Aternia Tarpeya*, rogada por los cónsules ATERNIUS VARUS y TARPEIUS MONTANUS, votada en el año 454 a.C., en la que se establece el régimen de multas a seguir y su límite máximo, y, a propósito de ello, también se estableció una determinada equivalencia, de forma que una oveja valía diez ases y un bovino cien. Ahora bien, no se puede decir, a ciencia cierta, que esa equivalencia comenzase con tal ley, la cual pudo —es una posibilidad— haber recogido una costumbre más antigua para fijarla o modificarla. El caso es que existía una equivalencia, aunque de un modo seguro, solamente desde el año 454 a.C. En otros pueblos había existido muchísimo antes. Así, por ejemplo, en las *Leyes de Eshnunna* —Códigos legales de tradición babilónica, de JOAQUÍN SANMARTÍN—, de fecha aproximada del 1800 a.C., al señalar las listas de precios, resulta una equivalencia entre las cosas y el dinero. Así, un siclo de plata es el precio de: 1 kur de cebada; 3 silas de aceite fino; 1 celemín, 2 silas de aceite; 4 celemines de asfalto; 1 kur de potasa; 2 kures de sal; 2 minas de cobre trabajado, 3 minas de cobre, etc.

En resumen: se puede pensar —aunque ello sea aventurado— que en la Roma primitiva pudieron existir dos medios de pago, el ganado y el metal, aunque al principio fuese más usual el primero. Así, aun en el supuesto de que se emplease el ceremonial del *aes et libram*, el precio se podía hacer efectivo en cabezas de ganado, por lo que, en la balanza, se pesaría el metal equivalente. A este respecto conviene recordar la disparidad de criterio que, tratándose de la permuta, existía entre los jurisconsultos de las dos famosas escuelas. Los sabinianos consideraban la permuta como un caso de compraventa, para lo cual sostenían no ser esencial que en ésta el precio consistiese en dinero. Los proculeyanos no admitían la compraventa si no se fijaba, precisamente en dinero, el precio de la cosa (aunque una cosa es fijar el precio y otra distinta hacerlo efectivo). Sin embargo, la diferencia fundamental es que, para los primeros, se trataba de un contrato consensual, mientras

que para los proculeyanos, el contrato se perfecciona por la dación de una de las prestaciones: la primera *datio* es necesaria para la perfección del contrato y la segunda *funciona como precio* (esto podía implicar alguna anomalía en el supuesto de que la primera *datio* consistiese en ganado y la segunda en una *res Mancipi*). Pero bien se comprende que, tanto para unos como para otros, no tiene mucha importancia la forma de pago (sea con dinero o con otras cosas), pues para los sabinianos no es esencial que el precio consista en dinero, y para los proculeyanos lo que no es dinero puede funcionar como precio. Los juristas germánicos parecen adoptar el criterio de los sabinianos, ya que el B.G.B. —a diferencia de nuestro Código Civil, por ejemplo— dedica un solo parágrafo, concretamente el 515, a la permuta, y ello para decir que «las disposiciones relativas a la compraventa se aplican *mutatis mutandis* a la permuta».

Si no se admite la idea expuesta de la equivalencia, la cual sin duda es discutible, y sí consideramos que, en una primera fase, el pago se verificaba mediante cabezas de ganado, se nos presenta una disyuntiva: o bien la *mancipatio* aún no existía, o bien se realizaba sin el *aes et libram*. Veamos brevemente estas dos posibilidades:

1.^a Que la *mancipatio* no existiese. Esto parece muy difícil, o más bien imposible, dada la etimología de la palabra, que deriva, como dijimos, de «*manus capere*» = «coger con la mano». Además, *mancipium* es el nombre primitivo de la propiedad, y ello aunque no se prescindiera de las opiniones de determinados romanistas que sostienen que mediante la *mancipatio* se adquiere el *mancipium* y no la propiedad, la cual se adquiere por el transcurso de uno o dos años, conforme a las XII Tablas: «*usus auctoritas fundi biennium est, ... ceterarum rerum omnium ... annus est usus*».

Tanto la *mancipatio* como la *traditio* suponen, por parte del adquirente, actos de aprehensión de las cosas, que son completamente lógicos y congruentes con una mentalidad primitiva. La diferencia entre una y otra radicaba en que la *mancipatio* exigía determinadas solemnidades —ya que se trataba de cosas más importantes *res Mancipi*— y la *traditio* no.

2.^a Que la *mancipatio* se realizase sin el *aes et libram*. Esta es una explicación que, bajo cierto punto de vista, puede resultar verosímil. En efecto, si el pago por la adquisición de una *res Mancipi* se hacía mediante cabezas de ganado, y no se admite la equivalencia de que hablé, entonces el empleo de la balanza no tendría ninguna razón de ser. Pero, incluso aunque se admita la posibilidad de las dos formas de pago, también parece que el *aes et libram* no es procedente en lo que podíamos denominar «permutas puras», como sucedería cuando se cambiaba una *res Mancipi* por otra, por ejemplo, en el supuesto de que se permutase un esclavo por un animal de tiro o carga. En estos casos es lógico pensar que lo que habría

serían dos mancipaciones, una a continuación de otra, y con lo que hoy llamaríamos unidad de acto. Admitido esto, resulta obvio que la *mancipatio* primigenia consistía solamente en el acto de aprehensión por el adquirente, ante cinco o más testigos y pronunciando solamente las palabras que coinciden con las de la *legis actio sacramento in rem*. A esta conclusión, por una vía diferente, llegó IHERING en el siglo XIX, como luego veremos.

5. LA ANTIGÜEDAD DE LOS PRÉSTAMOS

Parece indudable que el préstamo es una de las figuras jurídicas más antiguas de la humanidad. A los préstamos se refieren algunas disposiciones de las citadas *Leyes de Esnunna*:

- El hombre que presta en términos de valor real, que efectúe el cobro en la era.
- Si un hombre presta cebada y quiere convertir la cebada en plata, al llegar la cosecha se podrá quedar con la cebada y su interés: 1 kur son una fanega y cuatro celemines.
- Si un hombre presta plata en términos de su valor original, se podrá quedar con la plata y su interés: 1 siclo son 1/6 y 6 granos.

También se refiere a los préstamos el Código de Hammurabi —o Hammurapi—, poco más o menos del año 1750 a.C.:

- Si un hombre contrae una deuda y luego el divino Adad devasta su campo o se lo lleva una riada, o, por falta de agua, no se produce cebada en el campo, en ese año no le devolverá cebada a su acreedor; que moje su tablilla y no pague el interés de ese año.
- Si un hombre toma dinero prestado de un mercader y le entrega al mercader un campo listo para el cultivo de cebada o sésamo, y le dice: «Cultiva el campo, coséchalo y quédate con la cebada o el sésamo que se críen», si luego un arrendatario cría en el campo cebada o sésamo, que, al cosechar, sea el dueño del campo quien se quede con la cebada o sésamo que se críen; pero la cebada debida por el dinero que haya tomado del mercader, con su interés, más una indemnización por los gastos de cultivo, se los entregará al mercader.
- Si entrega un campo sembrado de cebada o un campo sembrado de sésamo, será el dueño del campo quien se quede con la cebada o el sésamo producidos en el campo, y luego le devolvera al mercader el dinero y su interés.
- Si no tiene dinero para devolver, le dará al mercader cebada o sésamo, a precio de mercado, por el dinero —y sus intereses— que él tomó prestado del mercader, a tenor del edicto real.

- Si un hombre toma dinero prestado de un mercader y su mercader se lo reclama, pero no hay con qué devolvérselo, y ya le ha entregado la huerta polinizada al mercader diciéndole: «Quédate los dátiles que se han criado en la huerta a cambio de tu dinero», que ese mercader no dé su conformidad; el dueño de la huerta será quien se quede con los dátiles y, luego, le pagará el dinero y su interés al mercader a tenor de su tablilla; los dátiles sobrantes producidos en la huerta, que se los quede el dueño de la huerta.

Con relación al Derecho romano, que es el que nos interesa, vuelvo a traer a colación a GÓMEZ DE LA SERNA, con su gran intuición. Nos dice que se puede observar que el *mutuum* ha quedado siempre para los jurisconsultos romanos como el contrato por excelencia, el que tratan en primer lugar —Digesto XII, 1—; que no se llama primeramente acreedores —*creditores*— más que a los que habían prestado dinero, y que esta palabra se extendió a continuación a todos aquellos a quienes se debía alguna cosa; y que, por último, la antigua expresión *aes alienum*, usada para calificar la deuda, implica que el deudor ha tomado a préstamo el dinero de otro.

En virtud del *nexum*, el deudor que no pagaba estaba sometido a la *manus iniectio*, ejercida por el acreedor, y que necesitaba la intervención del magistrado. Desde entonces el deudor, declarado *nexus*, estaba a merced del acreedor, que podía encadenarle y tratarle como un esclavo, de hecho, si no de derecho (este concreto punto puede ser discutible, teniendo en cuenta lo que señaló ROBERT VON MAYR).

6. LA POSIBILIDAD DEL «NEXUM» COMO NEGOCIO DISTINTO E INDEPENDIENTE DE LA «MANCIPATIO»

La *mancipatio*, tal y como nos la describe GAYO, se nos presenta como algo muy elaborado y preciso, en el que con un ritual determinado, se puede distinguir una afirmación (digo que esto es mío) y una aclaración (porque lo he comprado). Ahora bien, ¿qué razón de ser tiene un ritual tan extraño como el de la *mancipatio*? JOAN MIQUEL nos dice que para «contestar a esta pregunta podemos arrancar del método de las supervivencias, pues obviamente el ceremonial descrito por GAYO es un residuo de una época anterior. Lo que más llama la atención en la descripción de GAYO es el contraste que existe entre la estructura del acto y su función económico-social: hay una balanza que ni siquiera sirve para pesar; se pronuncian unas palabras solemnes hablando de una compraventa y, quizá, detrás de todo el acto no hay necesariamente una compraventa, sino una donación, constitución de dote, etc.; se entrega un trozo de bronce “como si fuera el precio”, etc. GAYO

nos dirá que se trata de una *imaginaria venditio*. Pues bien, arrancando de ahí, el método de las supervivencias postula simplemente una coincidencia originaria entre estructura y función; en el Derecho arcaico la *mancipatio* no era una compraventa imaginaria, sino real, teniendo lugar el trueque inmediato de la mercancía y el dinero; el trozo de cobre que se entregaba no era, por tanto, “como si fuera el precio”, sino el precio mismo, y, finalmente, la balanza no era un mero símbolo, sino que servía efectivamente para pesar el cobre en una época en que éste era el dinero».

Por consiguiente, tanto el ritual de la *mancipatio* —como *imaginaria venditio*—, como la fórmula pronunciada, no pudieron ser así desde el principio. Todos los romanistas están conformes con esto. Por ello nos dicen que su antigüedad no debe exagerarse, pues es evidente que la forma observada en el período clásico no es idéntica a la original. No obstante, con la exposición de JOAN MIQUEL —tal vez porque es una obra elemental para estudiantes de carrera— no se aclara la forma en que se llevaban a cabo determinadas permutas, por ejemplo, cuando se permutaba una *res Mancipi* por cabezas de ganado, ni por qué a la *mancipatio* se le llamaba antes *nexum*. IHERING, cuya opinión resulta fascinante, va mucho más lejos, como pronto veremos. Y digo que su opinión es fascinante porque, solamente con ella, puede explicarse el texto de GAYO, así como lo que dicen MANLIO MANILIO y MUCIUS SCAEVOLA. Por otra parte, si la balanza no era un símbolo, sin embargo algo de sagrado debía de tener, por lo que antes hemos expuesto.

En ese texto de GAYO —que vimos al principio— se nos dice: «Lo que nosotros llamamos mancipación era nexo para los antiguos». Esto sólo puede entenderse en el sentido de que, la forma externa, lo que se percibía con la vista, era igual en ambos casos, *nexum* y *mancipatio*, es decir, que en ambos casos se trataba de un negocio *per aes et libram*. Y como el *nexum* fue, probablemente, el más antiguo negocio que se realizó con ese rito, de aquí que los antiguos considerasen que, cuando se verificaba un acto *per aes et libram*, se trataba de un *nexum*. Posteriormente, cuando la *mancipatio* se realizaba también *per aes et libram* —al haber tomado la misma este rito del *nexum*, tesis de IHERING que ahora veremos—, entonces también se hablaba de *mancipatio*. Más tarde, cuando ésta adquiere gran importancia y sirve para diferentes fines, deja al *nexum* en segundo plano como negocio *per aes et libram*. Por ello no es extraño que MANILIUS y GALLUS AELIUS tuviesen un concepto amplio del *nexum* —todo lo que se llevaba a cabo *per aes et libram*— y otro estricto, conforme al cual parece que entre el *nexum* y la *mancipatio* había ciertas diferencias. En ambos casos se adquiría una potestad o un poder: en el *nexum* sobre una persona, como consecuencia de una deuda, y, en la *mancipatio*, sobre una cosa o sobre una persona, como consecuencia de una compraventa u otro negocio, como el supuesto de las personas dadas *in Mancipio*. El «aes» en el primer caso representaba el

préstamo y en el segundo el precio. Pero prescindiendo de esta explicación, resulta suficientemente convincente la que nos da IHERING —que, como dice BERTONE, es de los que no se equivocan—:

IHERING examina y estudia las fórmulas del primitivo Derecho romano, a las que considera como «un producto artístico del espíritu jurídico». Como obra de la jurisprudencia, el ideal al que se aspira es el de la *lógica absoluta*. «Ardua, minuciosa, preocupada por infinitas pequeñeces, esa lógica exige en el orden de las ideas una exactitud a la cual el pensador más profundo no pueda oponer ni una palabra. Ella se procuró un estilo lapidario, poniendo con extremo cuidado hasta la menor palabra. De ese modo esa lógica quedaba al abrigo de toda crítica, porque las reglas que establecía, prestándose a la observación más exacta del pensamiento, eran incontestables».

Por ello, tratándose de la ceremonia de la mancipación, IHERING nos dice que presenta un orden verdaderamente singular: antes de hablar de la venta y del pago se hace constar la transmisión de la propiedad. Precisamente, la lógica severa con que las antiguas fórmulas son conocidas hacen este trueque muy extraño, que se reproduce también en los actos que corresponden a las fórmulas cambiadas así; la aprehensión de la cosa con la mano tiene lugar antes que la entrega del precio.

«La aprehensión y la parte de la fórmula que a ella corresponde, forman el primer acto de la *mancipatio*: este es su origen histórico, su elemento principal; el pago y su fórmula correspondiente no son más que una adición ulterior, un simple accesorio, y no ocupan, sino el segundo lugar».

Por tanto, la idea de MANILIO y AULO GELIO no carece de cierto viso de verdad si se admite, con IHERING, que EL PAGO APARENTE SE INCLUYO EN LA MANCIPACION TOMANDOLO DEL NEXUM. Ellos no han hecho otra cosa que ampliar la significación de la palabra *nexum*.

¿Por qué tomó la *mancipatio* esta forma del *nexum*? El propio IHERING nos dice que, en las XII Tablas se preveía la venta a crédito, y refiriéndose sin duda al derecho consuetudinario, se tenía la idea de que la propiedad de las cosas compradas no debía ser transferida antes de que el precio fuese pagado, disposición importante para la seguridad de las relaciones. Aquél que había comprado y pagado realmente el precio debía desde luego probarlo cuando un tercer reivindicante disputaba el pago. El mismo que había adquirido la cosa por cambio o donación debía estar dispuesto a rechazar la objeción de que había comprado la cosa, pero sin pagarla. El medio de evitar ese inconveniente era muy sencillo. Se trataba de cumplir inmediatamente en la *mancipatio* la condición del pago como medio de cortar toda disputa sobre la eficacia

de la transferencia de la propiedad. El comprador cumplía la ficción exterior del pago *per aes et libram*, y se le contestaba diciendo: *isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*. Si la otra parte guardaba silencio, reconociendo de ese modo el pago como válido, ninguno podía evitarlo. La forma de ese pago aparente se indica por sí misma. Refiérese a la época en que los pagos efectivos se realizaban, no pesando, sino contando, porque el peso, el *aes et libra*, era ya entonces la expresión de un pago simulado.

Pero, a la tesis de IHERING, se puede añadir —y en ello hay que insistir— lo referente a la forma de la primitiva *mancipatio*. En la pesada del precio, primero real y luego aparente, en el *gestum per aes et libram*, solamente se puede ver una adición de tiempos ulteriores, ya que en Roma, durante bastante tiempo, se utilizó el ganado en función de dinero —salvo que se admita la discutible equivalencia de que antes hemos hablado—. En consecuencia, parece seguro que antes de utilizarse el metal, el acto o negocio de la *mancipatio* debía reducirse —tratándose de una permuta— a la aprehensión en presencia de testigos y por medio de palabras solemnes. Como pone de manifiesto ROBERT VON MAYR —obra citada—:

«La aprehensión y las palabras que la acompañaban —*hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio*— debían partir, por entonces, de ambas partes, puesto que la entrega de uno sólo se verificaría a cambio de una contraentrega del otro, o, con otras palabras, puesto que la *mancipación*, mientras no se utilizó el metal, tuvo que implicar una permuta».

Actualmente PABLO FUENTESECA —trabajo citado, pág. 404— nos dice que la *mancipatio* como negocio *per aes et libram* refleja la huella de la fusión de dos actos distintos originariamente. De un lado, una *emptio* libral o compra realizada mediante dinero pesado y, de otro, una fórmula solemne de afirmación de la *potestas* dominical —*rem meam esse aio*—, cuyo ritualismo tiene probablemente origen augural. Con ello, aunque parece que este romanista viene a confirmar, en cierto modo, la tesis de IHERING, e incluso nos deja entrever el origen de la primera parte de la *mancipatio*, en realidad no es así. FUENTESECA parte de una *emptio* libral originaria, y IHERING, como vimos, sostiene que el *aes et libram* fue tomado del *nexum*. De todas formas, para ver la posible relación que la primera parte de la *mancipatio*, el «afirmo que esto es mío», puede tener con el Derecho augural, no está demás que digamos algo acerca de este Derecho y del augurio.

Dice FUENTESECA que, en Roma, el primer rector de la ciudad fue un *rex*, que interpretaba los designios divinos mediante su saber sacerdotal supremo, porque sería un *summus augur*. Nada importante podía llevarse a cabo en la vida de la ciudad sin obtener el augurio favorable de la divinidad. Gracias a la ciencia augural, el conocimiento de los ritos que revelaban el *augurium*

divino, el intérprete máximo del *ius augurale*, el *summus augur*, regía la comunidad ciudadana como *rex*. Este *augurium* era una manifestación de la justicia divina, que otorgaba la cualidad de justo —*ius*— a un propósito humano, de acuerdo con los ritos del *ius augurale*.

Posteriormente se instaura un Colegio de augures en número de seis.

El *augurium*, entre los romanos, era el presagio o el pronóstico del futuro. Los augures, en principio, fueron los encargados de dar a conocer el deseo de los dioses; de ahí su importancia, que llegó a ser tan crecida, que hubo que ponerles limitaciones.

El *augurium* o respaldo de los dioses exigía un complejo ritual para ser investigado, es decir, unos ritos auspiciales, el más frecuente de los cuales fue la observación del vuelo de las aves —*avem spicere* - *avispicium* - *auspicium*—. Asimismo se practicó la observación del modo de caminar de los animales —*pedestria auspicia*— y de alimentarse —*auspicia ex tripudibus*—. Los más importantes fueron los *celestia auspicia*, consistentes en observar los fenómenos celestes, en especial la dirección del rayo, porque éste era considerado como un espíritu potente y terrible que descendía sobre la tierra y constituía un presagio importante.

Los augures eran, pues, los intérpretes públicos. Se ha investigado la problemática del *augurium* y del *auspicium* y no se ha logrado clarificar la relación entre ambos conceptos. En el fondo, el *augurium* trata de lograr el apoyo o garantía de los dioses respecto al obrar humano. Estos respaldan las actuaciones de los hombres y se hacen *auctores* o garantes. Esta garantía o respaldo es la *auctoritas*, cuyos depositarios en Roma son los «padres», como casta religiosa. Los padres mantienen la continuidad del *augurium* porque a ellos retorna siempre la facultad de dirigir del *auspicium maximum*, vacante el poder supremo. El *auspicium* sería la facultad de observación y, por tanto, la práctica del rito adivinatorio que ha de conducir al buen presagio o *augurium*.

Los augures iban provistos de una vara o un bastón, curvado y sin nudos, que se llama *lituus*, con el cual dibujaban, teniendo el bastón en la mano derecha, un recinto cercado, el *templum*, dentro del cual —una vez que el bastón se cambió de mano y se hizo la correspondiente súplica o invocación— aseguraban hallarse escritas las contestaciones de los dioses. Pero los dos procedimientos más importantes para averiguar el presagio eran: bien el examen de las entrañas de los animales por los *harúspices* —que también estaban colegiados y eran una variante de los augures—, después del festín que seguía al sacrificio, o bien la observación del vuelo, de los movimientos o del canto de las aves por los *auspices*, para tomar los *auspicia*, lo cual era indispensable en todos los actos de importancia.

Relacionando lo expuesto con la primera parte de la *mancipatio*, resultaría que, una vez hecha la afirmación por el adquirente, si del augurio

resultaba la conformidad de los dioses, la transmisión se producía de forma incontrovertible. Nada hay que objetar a esto, incluso en el supuesto de que la ceremonia se celebrase a la inversa: cuando primero se consultase la voluntad de los dioses, y si ésta fuese favorable, se hiciese la afirmación por el adquirente.

Finalmente, y para agotar todas las posibilidades, vamos a suponer que el *nexum* se celebrase según el rito, *per aes et libram*, de la *mancipatio*. El admitir esta posibilidad —en la cual no creo— no cambiaría en nada las cosas, pues, según un sector importante de los romanistas, siempre supondría un acto de «autopignoración» del deudor, y esta idea es uno de los puntos claves del presente trabajo. De todos modos, con tal posibilidad, quedarían sin explicar, tanto el pasaje de GAYO (lo que nosotros llamamos *mancipación* era *nexo* para los antiguos), como los de MANILIO y MUCIUS SCAEVOLA, antes vistos.

V. LA SUJECION DEL DEUDOR AL ACREEDOR

Antes de tratar esta cuestión debemos dejar aclarados dos puntos:

Resulta, por lo menos, discutible:

A) Que el *nexum* fuese una automancipación o que el deudor se vendiese a sí mismo:

1. Porque el *nexum* tiene lugar *per aes et libram*, pero no supone una *mancipación* o *automancipación*. Como prueba de ello quizá se pueda invocar la terminología que opone constantemente el *nexus* al *mancipado*, al *in causa mancipii*, al que se encuentra en situación de *mancipio*.

Pero, sobre todo, porque entonces no tendría objeto que existiesen personas a las que se denominase «nexi», y personas de las que se dijese que estaban *in mancipio*, cuando se trataba de lo mismo. Si el deudor se automancipaba, en tal caso, se trataría de una persona *in mancipio*, y ya vimos el texto de las XII Tablas que decía que los *nexi* y los *mancipi* tuviesen los mismos derechos. Si se tratase de la misma figura no tendría razón de ser esta declaración.

2. Porque, en lo que se refiere a la utilización del rito *per aes et libram*, el *nexum* debe ser anterior a la *mancipatio* —por las razones expuestas, entre ellas y principalmente, por la que dio IHERING—.

B) Que el *nexus* fuese el *addictus*. Al contrario, el *nexum* podía servir muchas veces para conjurar los peligros de la ejecución personal contra el deudor. Ya hemos visto la distinción entre uno y otro, que hizo GÓMEZ DE LA SERNA en la segunda mitad del siglo XIX, y aunque las diferencias fuesen las inversas a las que él señaló, lo fundamental es que vio claramente la distin-

ción, es decir, que no podía confundirse al *nexus* con el *addictus*, lo cual es una prueba de su gran intuición. También VON MAYR, unos ochenta años más tarde, entiende que el *nexus* no tiene nada que ver con el *addictus*.

Una vez hechas estas observaciones, diremos que los romanistas están conformes en que el *nexum* implicaba un sometimiento del deudor al acreedor. Las discrepancias surgen cuando tratan de determinar la naturaleza y efectos de aquel sometimiento, como vimos en el apartado segundo. Creo que en este punto hay que distinguir dos momentos: el primero es el de la celebración del *nexum*, y el segundo, es el del supuesto de que el deudor no pague la deuda.

EFECTOS DE LA CELEBRACIÓN DEL «NEXUM»

Cuando se realizaba el *nexum*, se producía una sujeción del deudor al acreedor. Esta idea de sujeción ha persistido hasta SAVIGNY, quien veía la esencia de la obligación en la conducta del deudor, es decir, en la sustracción de determinados actos de su esfera de libertad y el sometimiento de los mismos a la voluntad del acreedor. Las relaciones jurídicas —según el mismo ilustre romanista— pueden recaer sobre cosas o sobre personas; estas últimas, mediante un dominio absoluto —esclavitud— o mediante el sometimiento de determinados actos aislados. Por supuesto, esta teoría está superada. Pero —aunque tratándose del *nexum* no pueda hablarse de obligación— nos sirve para que pueda entenderse lo que pronto expondremos. Hoy ha desaparecido la esclavitud, considerada ésta como se entendía en el Derecho romano, aunque, en cierto modo, persiste bajo nombres y formas diferentes. Pero esto último no tiene nada que ver con la cuestión de que tratamos.

SAVIGNY trata de la sujeción del deudor al examinar la esencia de la obligación, y nosotros consideramos el *nexum* como una forma de garantía real —por lo menos de hecho—, aunque ello repugne, y con razón, al modo de sentir actual. Pero, en ello, coincidimos con los romanistas que consideran el *nexum* como una autopignoración. ¿No es acaso la prenda una forma de garantía real?

Partiendo, pues, de la base de que el *nexum* suponía una garantía, ya que implicaba la sujeción del deudor y consiguiente entrega de éste al acreedor, la FUNDAMENTAL CUESTION que hay que dilucidar es si esa entrega se verificaba al contraer la deuda —o antes—, o si la misma tenía lugar en el eventual supuesto de impago de la deuda, y aquí podemos observar dos tendencias en la doctrina romanística:

1.^a El negocio del *nexum* es posterior al impago de la deuda o deudas.

ROBERT VON MAYR considera que el préstamo y la vinculación en esclavitud no coincidían, ya que el *nexum se dare*, el *nexum inire*, aparece de

ordinario como la última y más severa fase de una obligación, como una consecuencia del exceso de deudas, no como efecto primario y normal del préstamo. El deudor insolvente, que no puede pagar, se entrega en esclavitud al acreedor, y esto se verifica mediante el *nexum, per aes et libram*, pero no mediante automancipación. Admite también que el *nexum* podía presentarse, ya desde el principio, en momento anterior, ya al constituirse la obligación: «No hay que extrañarse de que fuese posible darse desde luego en pignoración para responder de una deuda aun no vencida, porque esto no implicaba una condición ni un término, que, en efecto, serían difícilmente compatibles con las concepciones jurídicas primitivas, si no que de modo análogo, sin duda, a lo que ocurría con los rehenes del Derecho germánico, mientras la deuda se hallaba pendiente el acreedor sólo tenía la custodia y sólo cuando la deuda vencía podía disponer de los servicios y de la persona del deudor».

Tengo que aclarar que, aunque VON MAYR emplea el término «obligación» en relación con el *nexum*, sabe perfectamente que nunca coexistieron, ya que reconoce que el concepto armónico de obligación no aparece todavía ni siquiera en PLAUTO, que sólo una vez emplea la palabra *obligare* en sentido jurídico y es refiriéndose a una relación pignoraticia, quizá porque todavía se halla dominado por la creencia de que *obligatio* significa precisamente eso: *responsabilidad*.

A la teoría de VON MAYR se le puede objetar que el préstamo no se concedía sin que, por lo menos simultáneamente, se prestase una garantía, cualquiera que ésta fuese: prenda, fianza —mediante la *sponsio*— mancipación fiduciaria, ... Y si tal garantía se prestaba, ya no tenía razón de ser el *nexum*. Precisamente, se recurriría a este negocio cuando no era viable otra garantía.

2.^a El *nexum* es anterior a la entrega del deudor, pues ésta procede en el eventual supuesto de impago de la deuda.

MAX KASER —obra citada, págs. 147 y sigs.— examina el origen de las obligaciones, señalando que la raíz más primitiva de la obligación es la responsabilidad personal creada por el hecho de que una persona se halle, para determinados fines, sometida al poder de aprehensión de otra. El fin más antiguo es la expiación que se debe por la comisión de un delito. En el Derecho antiguo, quien comete un delito privado se expone a la venganza de la víctima. Esta adquiere, por la comisión del delito, un derecho de aprehensión del cuerpo del autor, cuyo contenido se agota con la ejecución de la venganza, es decir, con la muerte del autor del delito. Pero este derecho de la víctima se va debilitando paulatinamente, y así, en determinados actos —lesiones corporales graves—, es sustituido por el talión. Luego se considera que el derecho a la venganza es redimible, y así la víctima, mediante la aceptación de un don expiatorio, debe renunciar a la venganza. El Estado, en interés de la generalidad, favorece esta renuncia, fijando multas

en cuantía precisa o módulos para precisarla, siguiendo una práctica ya establecida. Si la multa legalmente establecida es ofrecida a la víctima, el Estado obliga a ésta a aceptarla, pues si la rehúsa pierde el derecho de aprehensión en la persona del autor del delito. Como en la mayoría de los casos, el primitivo derecho de venganza se ha hecho redimible, ello hace que tal derecho pierda importancia. La responsabilidad implica ahora que alguien se halla sometido, con su persona, a la aprehensión por otro, y de la que puede librarse mediante la oportuna redención.

El derecho de aprehensión puede crearse artificialmente mediante determinados negocios, de suerte que alguien se halla vinculado por el deber de realizar una determinada prestación, el cual se somete al poder de aprehensión de quien ha de recibirla *para el caso de que la prestación no se haga efectiva*. Al efectuar la prestación, el poder de aprehensión queda redimido. Uno de aquellos pocos negocios creativos de responsabilidad, celebrado por el rito libral, fue el *nexum*, en el cual —obra citada, págs. 180 y 181— quien presta el dinero, entrega a la otra parte —antes los testigos y el *libripens*— la suma convenida, adquiriendo por ello un poder de asimiento en la persona del prestatario, *para el caso de que éste no se libere de su responsabilidad* o lo libere un tercero, entregando en el plazo establecido la cantidad recibida con los intereses, si proceden. La devolución de la cantidad no es debida, sino que su restitución es un simple medio liberatorio de responsabilidad.

De lo que dicen otros romanistas también resulta que el *nexum* se celebraba antes que el deudor se entregase a su acreedor, cuya entrega sólo tenía lugar en el supuesto de que el deudor no pagase la deuda. Así GÓMEZ DE LA SERNA, SCHLOSSMANN, HUVELIN, NIEBHUR, MAYNZ, MITTEIS, MOMMSEN, GUTIÉRREZ ALVIZ, ALVARO D'ORS... —como quedó expuesto en el apartado II—.

Creo que hay que inclinarse por esta última posición, pues, aparte de ser conforme con el criterio de los romanistas citados, la posición contraria presenta determinados inconvenientes, a saber:

1. El acreedor sólo tenía la custodia del deudor y sólo cuando la deuda vencía podía disponer de los servicios del deudor —lo cual reconoce VON MAYR—, de lo que podemos inferir que esa situación no implicaba ninguna ventaja para el acreedor, pues, aparte de no contar con el trabajo del deudor, sería responsable por custodia, y esto podía ser grave en el supuesto de que algún mal le acaeciese al deudor y otra persona llegase a pagar la deuda.

2. La presencia de un deudor en la propia casa, sin saber muchas veces qué provecho se podía obtener de su trabajo —como señaló muy acertadamente ALVARO D'ORS, a propósito de la *manus iniectio*—, hubiera resultado una incómoda carga más que una seguridad. Y, por otra parte, no es imaginable que los acreedores tuvieran sus prisiones para retener a los deudores, ni éstas se mencionan en las fuentes.

3. La entrega del deudor al acreedor simultánea al nacimiento de la deuda, hacía imposible que el deudor, por sí mismo, pudiese pagarla; y esto es contrario al texto de la *nexi liberatio* —en su forma primitiva—, conforme al cual resultaba posible que el mismo deudor pagase la deuda y quedase liberado.

4. En la entrega simultánea del deudor, éste desempeñaría un papel idéntico al del rehén, al cual los romanos denominaban *obses*, palabra que no tiene nada que ver con la que se designa al *nexus*.

5. Considerar que el *nexum* se celebraba cuando la deuda no había sido pagada y que entonces el deudor se entregaba como *nexum* al acreedor supone meternos en un círculo vicioso, porque el acreedor lo que quería es que el pago de la deuda estuviese garantizado desde el primer momento.

A esta posición que defendemos, se le puede hacer una objeción, a saber: Que los primitivos solamente admitían operaciones al contado y, por consiguiente, el sometimiento del deudor al acreedor, el acto de entregarse el deudor al acreedor debía ser simultáneo al acto por el que se contraía la deuda. Pero este inconveniente resulta de poca importancia, para lo cual basta solamente con tener en cuenta el valor de la forma y de las fórmulas, ya que el fundamental carácter del Derecho primitivo consiste en ser un Derecho esencialmente formalista. Para que se produzcan los efectos jurídicos establecidos, aparte del ritual, la fórmula empleada en la palabra hablada es esencial, de tal modo que, una vez pronunciada, surte el efecto que le corresponde, independientemente de la voluntad del interesado e incluso en contra de ella. Se trataba, pues, de formas y fórmulas sacrales, en las cuales el hombre primitivo podía confiar. ARANGIO RUIZ, al hablarnos del principio que se ha denominado de la economía de las formas o medios jurídicos, nos dice que el mismo deriva de «la incapacidad de los antiguos para reconocer un negocio jurídico cuando la voluntad de las partes no se vaciaba en un medio preestablecido de palabras y gestos, poseedores de una eficacia, antes que jurídica, mágica y religiosa; economía que se traducía en un derroche de fórmulas, en las cuales era una suerte si la voluntad negocial podía encontrar un asiento adecuado: lo más probable era que, o el efecto jurídico fuese desproporcionado al fin práctico que se perseguía, o que la voluntad corriese el riesgo de permanecer ineficaz, si no se veía asistida de expertos».

Podemos poner dos ejemplos —entre varios— que corroboran lo dicho sobre la importancia de la forma y de la fórmula:

— El que nos relata GAYO en sus *Instituciones*, al tratar de «las acciones de la ley», llamadas así:

Ya sea porque nacieron en la ley, ... ya sea porque se amoldaban a los términos de las leyes, por lo que se cumplían con el mismo inmutable

rigor con que se cumplían las mismas leyes. De ahí que, quien al reclamar por unas cepas cortadas mencionaba la palabra «cepa» en su acción, decían los jurisconsultos que perdía el pleito, ya que debía decir «árboles», pues la Ley de las XII Tablas, en virtud de la acción que competía por las cepas cortadas, hablaba genéricamente de «árboles».

- El otro ejemplo lo traigo a colación porque, aunque puede ser ajeno al Derecho —ningún romanista lo menciona ni siquiera de pasada—, éste no puede entenderse ni concebirse desligado de la forma de vida social a la cual se aplica. Por ello veremos a continuación los ritos del *sacrificium*, que, si no era una institución jurídica, lo era, al menos, de carácter religioso y, además, tenía cierta relación con el *augurium*, del cual antes hemos hecho mención.

La etimología de la palabra «sacrificio» —de *sacer* y *facere*— pone de manifiesto que fue ésta una de las características esenciales del ritual religioso romano.

La primera víctima del sacrificio romano —en sus orígenes— fue el propio hombre, pagando con su misma vida y más tarde deshaciéndose de una parte de su propiedad —por ejemplo, un animal—. En Roma no faltan noticias de todo tipo que hacen mención de la sustitución de la víctima humana por una víctima animal. Tal es el caso de las leyendas sobre los sacrificios de Metela y Valeria Luperca, reemplazadas por una ternera en honor de Vesta y Juno, respectivamente; el sacrificio de Veiovis de una cabra *ritu humano*; los maniqués —*argea*— arrojados al Tíber en sustitución de víctimas humanas, etc.

Los ritos del *sacrificium*, descritos en pocos trazos, eran como sigue:

La víctima, adornada con guirnaldas y sujeta por el *dorsuale*, era conducida al altar con la precaución de que la cuerda, a la que estaba atada, no se tensase y no fuera llevada a la fuerza, ya que este hecho hubiera sido considerado de mal augurio. Los que ofrecían el sacrificio, o asistían a él, con traje de fiesta, debían lavar previamente las manos con agua y secarlas con tela de lino; luego se acercaban al altar —adornado con flores y cintas—, donde un heraldo incitaba al pontífice a proceder a la ceremonia y ordenaba al pueblo callarse. El sacerdote o pontífice pronunciaba una oración o plegaria, que repetían los asistentes. Un momento esencial de la ceremonia era cuando se procedía a la INMOLATIO, echando sobre la víctima agua, vino y harina mezclada con sal —*mola salsa*—. A continuación se incensaba a la víctima, se probaba el vino y se daba de beber a los que ofrecían el sacrificio; se cortaban unos pelos de la frente de la víctima y se arrojaban al fuego; se volvía el sacerdote hacia oriente y hacía pasar el cuchillo de la cabeza a la cola del animal, con lo cual la víctima era «macta»,

si bien esta expresión era una confusión lingüística, porque verdaderamente era el dios el que era *mactus*, es decir, gratificado con la ofrenda. A continuación el *victimarius* preguntaba al sacerdote: ¿AGONE?, y él respondía: HOC AGE. Entonces el *victimarius* daba muerte a los animales: a los toros se les golpeaba en la cabeza con un hacha, a las vacas con un martillo y a los cerdos y carneros con una piedra, o el *cultrarius* los degollaba.

La muerte de la víctima debía sobrevenir de forma rápida y limpia; un animal medio muerto o que lograra huir, INVALIDABA el sacrificio y constituía un signo de mal augurio.

Inmediatamente después, sobre la *anclabris mensa*, tenía lugar la extracción de los órganos internos —*exta*— de la víctima, que eran ofrecidos a los dioses: la vesícula biliar, el hígado, el corazón y el pulmón. El sacerdote o el Harúspice inspeccionaba antes el buen estado interno del animal —*litation*—, lo que era signo de que los dioses aceptaban el sacrificio; de no ser así, se consideraba un mal presagio, por lo cual era necesario recurrir a una nueva víctima sustitutiva de la anterior —*hostia succidaneae*— hasta tener éxito: *usque ad litationem*.

Del mismo modo, cualquier error en la ejecución del sacrificio suponía su repetición con una víctima adicional, lo cual, en el caso de sacrificios públicos, podía llegar a ser verdaderamente costoso. Por esta razón, existía la posibilidad de realizar un sacrificio preliminar, con una *hostia praecidaneae*, en vísperas del sacrificio solemne, con el fin de expiar anticipadamente los posibles errores que se iban a cometer.

Expuestos los principales rasgos del sacrificio, bien se comprende que se trataba de un ceremonial bastante enrevesado y sujeto a avatares imprevisibles. A su lado, el rito del *nexum* o de la *mancipatio* se nos presenta como algo sencillísimo. Pero lo que nos interesa destacar, en cualquier caso, es el importantísimo papel de la forma y de la fórmula empleadas. Por ello resulta más que razonable, que el hombre primitivo admitiese una operación que no se verificase al contado, siempre que en ella se utilizase una forma y una fórmula sacral o cuasisacral, lo cual sucedía en el caso del *nexum* y de la *mancipatio*.

Admitiendo, pues, que el *nexum* suponía un poder de asimiento del deudor para el caso de que no pagase —o de que otro no pagase por él— si dijésemos que «mediante el *nexum* el acreedor sujetaba directa e inmediatamente la persona —o el cuerpo— del deudor al pago de la deuda», es bastante seguro que esto fuese exacto, aunque llame la atención su similitud con lo dispuesto en el actual artículo 104 de la Ley Hipotecaria: «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». Con ello no queremos decir que el *nexum* fuese una hipoteca, sobre todo tal y como actualmente se concibe ésta, sino,

simplemente, que era algo semejante: en ambos casos se trataba de una garantía real, para asegurar el pago de una deuda. Y más patente se nos puede presentar esta analogía si tenemos en cuenta que, tanto en el supuesto del *nexum*, como en el de la hipoteca, la sujeción, aunque es directa e inmediata, no es de carácter material o físico, sino de carácter jurídico en la hipoteca, y, probablemente, de carácter jurídico-religioso en el *nexum*. Examinemos estos términos:

- a) Sujeción directa e inmediata: El acreedor adquiría lo que hoy se puede llamar un derecho real sobre la persona del deudor.
- b) Sujeción jurídica. No se trataba de una sujeción material o física, sino de una sujeción jurídica. Al igual que en la hipoteca actual no había desplazamiento de posesión, es decir, entrega del deudor al acreedor. No obstante, tal sujeción, por sí sola, debía de ser muy fuerte, hasta el punto que, para extinguirla, no bastaría con el simple pago de la deuda, sino que había que celebrar un negocio *per aes et libram*, de sentido inverso, cual era la *nexi liberatio*, en su primitiva forma de pago efectivo y no de *imaginaria solutio*.
- c) Sujeción religiosa: Se le puede atribuir este último carácter a tal sujeción, tratándose del *nexum*, porque, como muy bien escribió ALVARO D'ORS, en su día —*Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo I, págs. 1009 y 1010—, las autoridades religiosas, propiamente los sacerdotes, que constituían el colegio pontifical, eran las encargadas de sancionar las infracciones de los *mores maiorum* y contribuían con sus decisiones a consolidar y aclarar el sentido y alcance de aquellos. «El Derecho, la religión y la moral constituían así un todo único. Aquellas decisiones sacerdotales, al concretar el contenido de una moralidad, la dotaban de una fuerza imperativa especial, a la vez que servían de precedente judicial de gran autoridad. Así va naciendo el concepto del *ius*».

Resulta obvio que no todo son analogías. Entre el *nexum* y la actual hipoteca existen profundas diferencias, de las que, por ser tan patentes, solamente haremos un comentario muy breve:

- En primer lugar, hoy resulta inconcebible que una persona pueda ser objeto de garantía. En la actualidad las garantías reales siempre se refieren a los bienes, sean del deudor o de otra persona: hipotecante o pignorante no deudor. Pero ya vimos que bastantes romanistas consideraban el *nexum* como una autopignoración del deudor, ya sea con efectos de entrega inmediata del mismo —VON MAYR— o de entrega diferida para el eventual supuesto de que no se pagase la deuda —los demás romanistas que citamos poco antes—.

- La hipoteca puede constituirse en garantía de un crédito o del cumplimiento de cualquier obligación. Con el *nexum* sólo se garantizaba el pago de una deuda, pues la idea de obligación aún no existía.
- Mientras que los bienes hipotecados pueden volverse a hipotecar, tratándose del *nexum*, una vez que el deudor lo había celebrado con un acreedor, ya no podía volver a celebrarlo con otro acreedor. En cambio, en nuestra actual hipoteca, por disposición expresa del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, pueden hipotecarse: «5.º Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar». Y ello, en ocasiones, a despecho del acreedor, pues en algunas escrituras he visto que la entidad acreedora prohibía al hipotecante constituir ulteriores hipotecas sin su consentimiento. Es más, en una escritura, la entidad acreedora pretendía tener cierto control sobre las actividades del deudor, completamente ajenas a la hipoteca. Por supuesto que tales cláusulas no han sido inscritas. Pero si, por cualquier razón, llegase a admitirse en el futuro su inscripción, las diferencias entre el *nexum* y la hipoteca serían más tenues que las expuestas, pues entre la ruina del deudor o que éste tenga que prestar sus servicios al acreedor, no sé, en principio, cuál de las dos posiciones es la más perjudicial para el deudor.
- Respecto al procedimiento para hacer efectiva la garantía, también había diferencias, como veremos a continuación.

EFECTOS DEL IMPAGO DE LA DEUDA

En esta cuestión caben varias posibilidades:

1. Una vez que se produce el impago de la deuda puede el acreedor aprehender al deudor —o éste entregarse voluntariamente al acreedor—, lo cual sería muy normal. En este supuesto, el deudor tendría que trabajar para el acreedor o prestarle sus servicios, y de aquí la razón del Texto de VARRÓN, que antes hemos expuesto:

«Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debuerat dum solvere nexus vocatus ut ab aere obaeratus».

«El libre que prestaba sus servicios en un estado de esclavitud por el dinero que debía, hasta que lo pagara, es llamado *nexus*, como el endeudado por dinero».

Según este último fragmento parece que el *nexus* quedaría como semi-esclavo del acreedor y debería trabajar hasta pagar su deuda.

ALVARO D'ORS cree que el citado texto «parece referirse a una posición voluntariamente tomada por el deudor, ya que siempre era posible que

un deudor arrendara sus servicios a su acreedor a cambio de la cantidad que debía, por un cierto tiempo: éstos serían los que desde antiguo se llamaron *obaerarii*. Esto me parece un tanto dudoso, si tenemos en cuenta el significado de la palabra *obaerarius*: «Deudor que por no poder pagar se declara esclavo de su acreedor por cierto tiempo» (los diccionarios de latín suponen que es una palabra utilizada por VARRÓN). A la palabra *obaeratus* se le dan estos significados: Cargado de deudas, muy endeudado. El que no pudiendo pagar sus deudas se entrega como esclavo al acreedor, pagándole con su cuerpo y servidumbre (utilizada por Tito Livio, e incluso por Tácito).

Por consiguiente, parece que no hay aquí un arrendamiento de servicios propio, sino una entrega del deudor al acreedor, prestando sus servicios en un estado parecido al del esclavo. De todas formas es posible que un acreedor acepte los servicios del deudor en pago de la deuda, sin que se hubiese celebrado el *nexum*. Pero, aquí nos encontramos con el problema de siempre: ¿Cómo es posible que una persona contraiga deudas, en una época primitiva, sin garantía alguna? Si se celebró el *nexum*, tiene que tratarse de un acreedor muy generoso para aceptar un arrendamiento normal de servicios, prestado por el deudor, cuando él tiene derecho a mucho más. Es algo parecido a lo que hoy sucede con el pacto de limitación de responsabilidad a los bienes hipotecados del artículo 140 de nuestra Ley Hipotecaria, el cual no se ha utilizado jamás.

Por ello la posibilidad del arrendamiento de servicios —aparte de ser bastante raro que existiese tal figura en época tan primitiva, ya que ningún romanista, incluido el mismo D'ORS, habla de ella al tratar de la *locatio conductio operarum*— no se opone, en absoluto, al hecho de que, en el supuesto de que el deudor no pagase la deuda, el acreedor ejercitase su derecho —real— de aprehensión, cuya finalidad fundamental sería, precisamente, que el deudor trabajase para él, y, además, en una situación de semiesclavitud, en la cual podían producirse abusos por parte del acreedor, y de aquí las tensiones entre estos y los deudores de que nos hablan los historiadores.

2. Si no se produce esa aprehensión o entrega voluntaria, parece que se puede seguir —lo que me parece más dudoso— el procedimiento ejecutivo de la *manus iniectio*.

Como vimos, gran parte de los romanistas considera que, en el caso de que el deudor no pagase, el acreedor podía ejercitar contra él tal procedimiento, sea porque el *nexum* implicase una autodamnation, sea porque se considerase que el préstamo contraído *per aes et libram* tuviese fuerza ejecutiva. Si esto fuese cierto, aun podíamos encontrar más analogías con la hipoteca actual, pues el hecho de exponer al deudor durante tres mercados consecutivos sería el equivalente a las tres subastas que se regulaban en el

anterior procedimiento judicial sumario y en el actual procedimiento de ejecución de bienes hipotecados.

No obstante, por lo menos, una excepción a esta idea de que el acreedor podría utilizar la *manus iniectio* la representa VON MAYR, quien considera que a ello se opone el hecho fundamental de que GAYO no habla jamás del *nexum*, ni siquiera donde parece que debiera hacerlo, es decir, entre las causas de la *manus iniectio*. Con ello no pone en duda la existencia del *nexum*, sino que considera que el *nexus* se pignora y está bajo la sujeción del acreedor o bien desde que se contrae la deuda, o bien desde que se produce el incumplimiento, adquiriendo el acreedor, en ambos casos, el poder sobre el deudor por el rito del *aes et libram*.

De todas formas creo que conviene hacer un breve examen de la omisión de GAYO. Esta puede obedecer a distintas causas: al simple olvido —lo cual es posible, pero no probable—, o a una de estas hipótesis:

- Que no se trata de una omisión sino de una parte de sus Instituciones, que se refiere a la *legis actio per sacramento (in personam?)*, que se ha perdido o que ha quedado ilegible, y que podía referirse al *nexum*. Aunque HEFFTER ha intentado suplir esta falta, actualmente, los romanistas consideran que el *sacramentum in personam*, del que pudo hablar GAYO, habría surgido como trámite declarativo de obligaciones delictuales dentro de la forma ejecutiva de la *manus iniectio*, cuando ésta no podía fundarse en una evidencia que eximiera de toda prueba. No obstante, FUENTESECA niega la existencia de esta acción, pues la *poena sacramenti* sólo era posible cuando se contraponían dos vindicaciones contradictorias, de suerte que una *vindicatio* de carácter penal no daría lugar al *sacramentum*.
- Que aun pudiendo el acreedor ejercitar la *manus iniectio*, en la práctica nunca se recurriese a este procedimiento, ya que el deudor asumía la sujeción al acreedor de modo espontáneo y voluntario, por las razones que veremos enseguida. IHERING, que da por sentado que el acreedor en el supuesto del *nexum* podía acudir a la *manus iniectio*, considera que esta *legis actio* estaba condicionada al caso en que el derecho del acreedor, al ejercer la justicia privada, fuera controvertido, pues si el deudor se sometía voluntariamente, la justicia no tenía que intervenir. El acreedor le llevaba a su casa sin que fuera necesario el permiso de la autoridad.

Ahora bien, tenemos que recordar, que en favor de deudor —que se resistía a la *manus iniectio*—, podía interceder un *vindex*, con el que se seguiría el procedimiento. Pero tratándose de un *nexus*, esto debía ser prácticamente imposible: El *nexum* era el último, o el único recurso, que tenían los deudores para garantizar una deuda, ya que,

habiendo un fiador —sponsor— o teniendo el deudor suficientes bienes *nec mancipi*, el *nexum* no tenía razón de ser. Considerando, además, que si el *vindex* perdía, sufría una pena igual en todo a la del deudor al mismo tiempo que él —litiscrescencia—. ¿Quién podía interceder como *vindex*? Puede contestarse, con bastante seguridad, que nadie.

— Que tratándose del *nexus* no fuese necesario recurrir al procedimiento de la *manus iniectio*. Esto último puede resultar extraño, pero no debe descartarse por completo. En favor de su admisión se pueden dar los siguientes argumentos:

- 1.º Que en virtud del *gestum per aes et libram*, el acreedor adquiría un poder sobre el deudor, y producido el impago de la deuda, lo único que hacía era ejercitar ese poder. Algo análogo a lo que sucede actualmente con la venta extrajudicial de la cosa hipotecada, de la que se dudó de su constitucionalidad —y, por tanto, de su procedencia, ya que la misma no se verificaba ante una autoridad judicial— y cuya venta ha sido reconocida por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, si, como dice MAX KASER, mediante el *nexum*, el acreedor adquiría un poder de aprehensión sobre el deudor, en el supuesto de que éste no pagase la deuda, podemos pensar que, una vez producido tal evento, el acreedor, al aprehender al deudor, no hacía más que ejercitar un derecho, potestad o facultad, que se había constituido previamente. Esto se compagina bien con el ejercicio privado de la justicia en tiempos primitivos. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que en tales tiempos, el que cometía un delito estaba expuesto a la venganza, y que al perjurio, aun en épocas posteriores, cualquiera podía darle muerte, lo cual podía considerarse, incluso, un beneficio para él, como antes quedó expuesto.

- 2.º El silencio de GAYO, que al no especificar el *nexum* como una de las causas de la *manus iniectio*, puede entenderse en el sentido de que ésta no era procedente, ni necesaria, en tal supuesto.
- 3.º Si se admite la posibilidad de la *manus iniectio*, el *nexus* no se diferenciaría del *addictus*, y es posible que ni siquiera se hablase de él.
- 4.º Los *nexi* tenían los mismos derechos que las personas *in mancipio*, y a éstas no se les podía dar muerte, ni ser vendidas como esclavas *trans Tiberim*, como sucedía con los *addicti*.
- 5.º Hay que tener en cuenta también que, en algunas ocasiones se habla del *nexus vinctus*. La palabra *nexus* está relacionada con

el verbo NECTO, *is, nexui* —y alguna vez *nexi*—, *nectere, nexum*, cuyo principal significado es atar, anudar, enlazar, unir, en definitiva, sujetar. El participio pasivo *vinctus-a-um* quiere decir atado, prisionero, preso. No es aventurado pensar que el *nexus*, sin más, es el que está bajo el poder de aprehensión del acreedor —el cual todavía no ha ejercitado este poder—, y —el *nexus vinctus*, el que, por impago de la deuda, ya ha sido aprehendido por el acreedor. A este respecto tenemos que recordar el pasaje de TITO LIVIO, que nos habla de los deudores, «sin cadenas o con cadenas». A estos deudores con cadenas puede referirse la frase *nexus vinctus*, aunque no creo, en modo alguno, que fuese algo usual el encadenar a los *nexi*. Esto se produciría solamente en contadísimos casos, cuando se sospechase que el que estaba en tal situación pudiera fugarse.

- 6.º Para el propio deudor resultaba más ventajoso que el acreedor ejercitase el poder de aprehensión derivado del *nexum* y no, en cambio, que acudiese al procedimiento de la *manus iniectio*, ya que, en el primer caso, lo único que sucedería es que tendría que trabajar para el acreedor, tal vez en una situación de cuasiesclavitud. Pero en la *manus iniectio*, el acreedor podía matarlo —si no había quien pagase la deuda— o venderlo *trans Tiberim* como esclavo, y siempre parece más llevadero lo conocido que lo desconocido.

3. Una última posibilidad, que me parece muy remota —y por ello la cito al final— es que el acreedor acogiese al *nexus* como cliente. Se trataría, de nuevo, en este caso, de un acreedor muy generoso, que no solamente no cobra la deuda, sino que, además, acoge al deudor bajo su especial protección. Es cierto que puede disponer de la fortuna del cliente, que muy poca debe ser cuando, precisamente, no pudo pagar la deuda, y reducirlo, sólo en determinados casos, al estado de esclavitud y ejercer sobre él un derecho de vida y muerte. En aquellos remotos tiempos, todo esto era muy poco si tenemos en cuenta el deber de protección que asumía el patrono y cuya violación producía la *execratio*, como hemos visto anteriormente.

Y con ello termino este artículo, el cual supone una intromisión en el campo de los romanistas, aparte de no haber seguido los consejos de mi querido amigo y maestro, don ALVARO D'ORS, que me dijo que esta era una materia bastante confusa y que, respecto a ella, no había datos suficientes. Sin embargo, esto último, no deja de parecerme dudoso. Si esta cuestión la hubiese examinado don CLAUDIO SÁNCHEZ-ALBORNOZ, estoy seguro que hubiese llegado a conclusiones definitivas, pues con datos quizá bastante más exigüos llegó a precisar la figura del «gardingo» —en su obra *En*

torno a los orígenes del feudalismo—, sin que sus ideas hayan sido discutidas por nadie.

De todas formas, si el presente trabajo sirviese para que los romanistas —a quienes, en realidad, corresponde esclarecer la figura del *nexum*— se pusiesen de acuerdo —lo cual me parece poco menos que imposible—, ya me daría por satisfecho.

LINO RODRÍGUEZ

BIBLIOGRAFIA

- ARANGIO-RUIZ, VICENTE: *Historia del Derecho romano*. Reus, 1994.
- ARIAS RAMOS, JUAN: *Derecho romano*. Ed. Revista de Derecho Privado, 1963.
- AZCÁRATE, GUMERSINDO DE: *La historia del derecho de propiedad*. Tomo I. Imprenta de la Revista de Legislación, 1879.
- CASTRESANA, AMELIA: *La estipulación*. Libro homenaje a Murga Gener.
- D'ORS, ALVARO: *Derecho Privado romano*. Eunsa, 1991.
- «Derecho romano», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*.
- *Parerga histórica*. Eunsa, 1997.
- y otros: *El Digesto de Justiniano*. Editorial Aranzadi, 1968.
- DOMINGO, RAFAEL y otros: *Textos de Derecho romano*. Aranzadi, 1998.
- FUENTESSECA, PABLO: *Historia del Derecho romano*. Europa Artes Gráficas, S. A., 1987.
- FUSTEL DE COULANGES: *La ciudad antigua*. Ediciones Península.
- GÓMEZ DE LA SERNA: *Curso histórico-exegético del Derecho romano*. Librería Sánchez, 1863.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ, FAUSTINO: *Diccionario de Derecho romano*. Reus, 1995.
- HALICARNASO, DIONISIO DE: *Historia antigua de Roma*, libro XVI.
- HUGO, GUSTAVO: *Historia del Derecho romano*. De Rivera, editor, 1850.
- IGLESIAS, JUAN: *Derecho romano*. Ediciones Ariel, 1972.
- IHERING, RUDOLPH: *El espíritu del Derecho romano*. Ed. Comares, 1998.
- *Ridendo dicere verum*.
- KASER, MAX: *Derecho romano privado*. Editorial Reus, 1982.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros: *Derecho de obligaciones*, II, vol. 1.º
- MAGDELAIN, ANDRÉ: *La loi «Poetelia Papiria» et la loi «Iulia de pecuniis mutuis»* (Libro homenaje a A. D'Ors). Eunsa, 1987.
- MARTINO, FRANCESCO DE: *Historia económica de la Roma antigua*, I, 1985.
- MAYR, ROBERT: *Historia del Derecho romano*. Editorial Labor, 1941.
- MIQUEL, JOAN: *Derecho Privado romano*. Marcial Pons, 1992.
- *Historia del Derecho romano*. PPU, S.A., 1995.
- MOMMSEN, THEODOR: *Historia de Roma*. Ediciones Turner, 1988.
- PETIT, EUGENE: *Tratado elemental de Derecho romano*. Editorial Saturnino Calleja, 1926.
- RADBRUCH, GUSTAVO y GWINNER, ENRIQUE: *Historia de la criminalidad*. Bosch, 1955.
- RIGAUD, LUIS: *El derecho real*. Reus, 1928.

- SANMARTÍN, JOAQUÍN: *Traducción de los Códigos legales de tradición babilónica*. Editorial Trotta, 1999.
- SCHULZ, FRIZ: *Derecho romano clásico*. Bosch, 1960.
- STENBERG, THEODOR: *Introducción a la ciencia del Derecho*. Labor, 1940.
- TITO LIVIO: *Ab urbe condita*. Editorial Gredos.
- VARIOS AUTORES: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Seix Barral, 1994.
- *Derecho romano de obligaciones*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- VARRÓN, MARCO TERENCIO: *La lengua latina: libros V-X y fragmentos*. Editorial Gredos, 1998.
- VOLTERRA, EDUARDO: *Instituciones de Derecho Privado romano*. Civitas, 1991.

Del Derecho Foral a los Derechos Autonómicos

En esta materia existen graves dificultades terminológicas (1), originadas por una imprecisión histórica muy dilatada en el tiempo, que ahora no es fácil desmontar de forma radical pero, en torno a ella, es necesario hacer algunas observaciones.

La imprecisión histórica consiste en hablar genéricamente de «Derecho Foral» y «foralidad», como una unidad que abarca a varias regiones españolas, para contraponerla al derecho peculiar de Castilla, de clara tendencia expansionista sobre el derecho peculiar de las restantes regiones (2).

Puede ser una afirmación discutible, pero la realidad es que los territorios forales siempre se han distinguido por un ansia de libertad individual muy acusada y de arraigado entronque familiar, frente a la propensión autoritaria de los territorios castellanos (3). Un ejemplo claro de esta afirmación lo constituye la libertad de testar de las regiones forales, comparada con las restricciones a esa misma libertad en el Derecho castellano. Es más: podría afirmarse que la contraposición radical entre «la legítima simbólica» o «legítima foral» y la «legítima castellana» fue el verdadero obstáculo insalvable para la unificación legislativa civil.

La «legítima simbólica» o «legítima foral» carece en absoluto de contenido económico y constituye solamente el título de honor de heredero. Esta idea tiene su origen en una de las etapas históricas del Derecho Romano cuando constituía un baldón carecer de hijo a quien transmitir *mortis causa*

(1) En el mismo sentido, JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO sostiene: «La naturaleza y valor de los Derechos Forales es una cuestión que no depende, en absoluto, del nombre que se les dé». Cfr. *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. 1.º, pág. 90, nota 1 *in fine*. Librería Bosch, Barcelona, 1988.

(2) Vid. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *op. cit. loc. cit.*, pág. 89.

(3) Así, JUAN VALLET DE GoytisoLo, *La libertad civil según los juristas de las regiones forales*. Discurso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, Madrid, 1967; JUAN SANTA-MARÍA ANSA, *Los principios ideológicos de los Derechos Forales*, Anuario de Derecho Aragonés, tomo 6, 1951-52, págs. 263-279.

el patrimonio. En cambio, la «legítima castellana», procedente de las 83 Leyes de Toro, está dotada de un claro y preciso contenido económico, que el testador tiene que respetar, pues en caso contrario se declara la nulidad del testamento y de la partición hereditaria.

La consideración unitaria de los Derechos Forales estaba fundada en la falta de conocimiento inicial de la diversidad foral, que se tardó mucho en advertir por diversas razones: entre ellas destaca la dificultad de conocer unos textos únicos o de muy difícil acceso; también, el hecho de que el Derecho Foral sólo se manifestaba en costumbres locales y, únicamente, aparecía escrito en escasos textos que, con cuentagotas, a veces se localizaban en las «librerías de viejo o de lance» a unos precios prohibitivos (4) y escritos, para colmo, en un latín pervertido y con una letra «diplomática» plagada de abreviaturas a veces indescifrables.

Como habrá podido observarse, todas estas aclaraciones eran necesarias, ya que nos ayudarán a delimitar el concepto de Derecho Foral que, sin duda, es tremendamente difícil de definir (5) y cuyo nacimiento, sin excesivas pretensiones de exactitud, se puede situar como un balbuceo en los siglos XVI y XVII (6), aunque cuando aparece con claridad es en el año 1856 (7).

El problema técnico se debe centrar en la discusión sobre la absoluta libertad de testar o, por el contrario, en la existencia de una porción de bienes hereditarios que por imperativo legal debe encontrarse reservada a

(4) Como ejemplo gráfico baste mencionar una Colección de «Fueros y Observancias del Reyno de Aragón», comprendiendo los Fueros y Actas de 1553, 1564, 1585, 1592, 1624, 1645, 1646, 1677, 1678, 1684 y 1702, publicado por Pascual Bueno en Zaragoza en 1702, en una preciosa encuadernación que costaba, en el año 1986, 465.000 pesetas.

(5) Su gestación se inició en los siglos XVI y XVII, aunque se manifestó con intensidad a mediados del siglo XIX. Vid. diversas definiciones en JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO, *Curso de Derecho Civil Foral*, pág. 1, nota 3, Dykinson, Madrid, 2000. La referencia que se hace a MAYANS Y SISCAR, Rector de la Universidad de Valencia, está en la carta que dirigió el Rector al doctor don JOSÉ BERNI, publicada en Madrid en 1744.

(6) En el momento presente, mediatizados por la rapidez de transmisión de noticias y conocimientos a través de la Televisión y de Internet, acaso no sea fácil comprender el muy diverso «tempo» de los siglos XVI y XVII, y por eso creo se puede defender que las obras provocadoras del despertar del dormido Derecho Foral fueron de consuno la obra de PEDRO DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico de los errores del Derecho Civil y los abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1748, o la más difundida de JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discurso crítico sobre las Leyes y sus intérpretes en que se demuestra la incertidumbre de éstos y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta Administración de Justicia*, 3 vols., Madrid, 1765-1770.

(7) Resulta muy interesante, a diversos efectos, el breve discurso de Investidura de Doctor (12 páginas) por la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid, de MIGUEL HÜE Y GUTIÉRREZ, publicado con el título *Necesidad del estudio de nuestra Legislación Foral* (Madrid, 1856), adquirido en una «Librería de Lance» madrileña con sello en tinta del anterior propietario.

concretos parientes del testador, aún en contra de su propia voluntad personal salvo que éste previamente haya instaurado por causas taxativas la desheredación de los llamados «herederos forzosos» o «legitimarios». Los legitimarios son acreedores a una participación determinada en el valor económico de los bienes relictos «por ministerio de la ley», de la que el causante de la sucesión no puede disponer en forma alguna (8) sancionada con la nulidad radical de todos los actos realizados en fraude de la prohibición legal.

El planteamiento político se centra en dos aspectos complementarios:

Por una parte, la decisión política de si debe o no existir una limitación en el poder de disposición del causante y su cuantía respecto del valor económico relicto total, peculiar del Derecho de Castilla, confirmado desde las 83 Leyes de Toro.

Por otra parte, tomar en cuenta la existencia, en las regiones llamadas «forales», de una radical tendencia hacia la absoluta libertad de disposición del causante a través de la llamada «legítima simbólica» o «legítima foral» que estaba absolutamente desprovista de contenido económico y solamente constituía el título de honor de heredero (9).

Es preciso hacer constar:

1.º Que la existencia de esas dos «legítimas» va a perdurar cada una en su terreno peculiar, la castellana (10) para los que tengan vecindad civil común o castellana y la simbólica o foral, con diversos matices para quienes tengan vecindad civil foral.

(8) Cfr. ALVAREZ POSADILLA, JUAN, *Comentarios a las 83 Leyes de Toro según su espíritu y el de la Legislación de España en que se tratan las cuestiones prácticas arreglando sus decisiones a las Leyes y Resoluciones más modernas que en el día rigen*, Madrid, 1796, en la Imprenta de la Viuda de Ibarra, pág. 129, en donde se inserta el Comentario a la Ley XVII de Toro.

(9) Cfr. *Tratado teórico legal del Derecho de Sucesión según los precedentes del Derecho de Castilla y el Código Civil y las especialidades de las legislaciones forales*, de NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ, 2 tomos, Valladolid, 1891-1893. Establecimiento Tipográfico de Hijos de J. Pastor, págs. 586-588.

(10) La legítima castellana, procedente realmente de las 83 Leyes de Toro (concretamente la Ley XVII) se va a ver alterada en lo sucesivo por el acuerdo transaccional que se suscribió en la Discusión parlamentaria del Código Civil de 1889 y la eficacia del artículo 1.976 del mismo que derogaba en bloque todo el Derecho castellano sobre la idea de estar integrado en el texto del Código, pero que en cambio reconocía, en su artículo 12, la vigencia «POR AHORA DEL DERECHO FORAL EN TODA SU INTEGRIDAD, SIN QUE SUFRA ALTERACION SU ACTUAL REGIMEN JURIDICO, ESCRITO O CONSUETUDINARIO, POR LA PUBLICACION DE ESTE CODIGO». La legítima castellana, para ALVAREZ POSADILLA, estaba constituida por todos los bienes del padre, excepto el quinto de la herencia que constituía la parte de libre disposición.

2.º La vecindad civil común implica la NECESIDAD de utilizar la legítima común o castellana bajo pena de nulidad del testamento o de la partición.

3.º La vecindad civil foral implica la POSIBILIDAD de utilizar la legítima simbólica multiplicando sin límites prácticos las atribuciones dispositivas del testador.

4.º No conozco ningún caso en que un vecino foral haya visto anulado su testamento o su partición hereditaria por haberse acomodado al Derecho legitimario castellano.

Finalmente no debe omitirse en absoluto la valoración política negativa en sede foralista del afán expansionista y unificador de Castilla que lastima, hiere y pretende sojuzgar las costumbres y el Derecho de varias regiones forales que eran ya reinos poderosos en el mosaico de España cuando Castilla era un humilde condado.

Va a ser esta creencia arraigada en la mente de los foralistas de la prepotencia de Castilla (que en verso de MACHADO, «desprecia cuanto ignora»), unida a la falta de un adecuado planteamiento técnico del problema de fondo en su múltiple aspecto quien va a demorar indefinidamente el logro de la unidad legislativa civil (11).

Este mal planteamiento del problema respecto a la contraposición entre la reducida libertad de testar castellana ocasionada por el sistema legitimario y la amplia posibilidad otorgada por la legítima simbólica o foral, se pretende paliar mediante una transacción en la discusión parlamentaria del Código Civil que ofrece cuatro fórmulas, cada una propuesta por un Diputado, que se someten a votación, y ese era precisamente el camino equivocado.

El camino útil no consistía tanto en reducir la libertad de testar sino precisamente en aumentar la libertad de testar haciendo desaparecer la coexistencia de dos conceptos antagónicos (vecindad civil común *versus* vecindad civil foral) que, a su vez, iban a servir para consagrar indefinidamente la falta de unidad legislativa civil contraponiendo dos legislaciones (la del futuro Código Civil y la persistente «POR AHORA» de las provincias forales, según se decía en plan optimista por el legislador de 1889).

Al suprimirse la dualidad de vecindades para unificarlas en una única vecindad civil, se podía regular la legítima castellana y la legítima simbó-

(11) Es habitual en nuestra doctrina considerar que la Codificación civil arranca de las Cortes de Cádiz y se termina con la promulgación del vigente Código Civil en el año 1889. Por lo que se dirá en el texto más adelante, resultará transparente que, a la luz de los acontecimientos, esa apreciación no es hoy totalmente exacta. Es verdad que en ese período de tiempo se logró el Código Civil, pero la Codificación civil quedó sin terminar por cuanto no se logró la pretensión esencial QUE ERA NO TANTO UN CODIGO CIVIL, como LA UNIFICACION DE LA LEGISLACION CIVIL ESPAÑOLA.

lica, facultando simplemente a todo causante para elegir entre un sistema u otro. Ambos sistemas legítimarios —cualquiera que fuera el volumen de sus respectivos partidarios— estarían contenidos en un mismo texto legal y la única necesidad era redactarlo de tal forma que nunca los herederos pudieran discutir o impugnar la elección que por uno u otro sistema sucesorio hubiera hecho el testador de quien él traía causa.

Para prevenir los casos de sucesión intestada —que disminuirían notablemente— era posible señalar uno cualquiera de los dos como el que, en defecto de disposición testamentaria válida se aplicaría.

Si se hubiera aceptado la solución en la que sólo pensó MANUEL ALONSO MARTÍNEZ en la Base 17 de su Proyecto de Ley de Bases para la redacción del Código Civil firmada en 22 de octubre de 1881, las discusiones posteriores hubieran quedado abortadas y desde la vigencia del futuro Código Civil cualquier español podría optar, cualquiera que fuese su vecindad, a su libre arbitrio por aquel sistema legítimo, común o foral, que más le pluguiese sin riesgo de nulidad del testamento (12).

La unificación legislativa civil se habría logrado y el volumen de testadores de una u otra orientación resultaba absolutamente intrascendente.

Con esta solución, el dato clave de la discusión que entorpecía el progreso de la codificación, consistente en el ámbito de la legítima y de la libertad de testar quedaba eliminado, se suprimía la dualidad legislativa de una vecindad civil común y otra vecindad civil foral, pues su esencia consistía en brindar una libre opción por uno u otro sin imponer ninguna, con lo cual se eliminaba la ominosa cuestión de la prepotencia castellana y el victimismo foralista.

Al propio tiempo se eliminaba con esta solución uno de los más frecuentes temas sucesorios sobre los que se pronunciaba contradictoriamente la jurisprudencia.

En ningún texto foral se PROHIBE que un testador castellano haga el testamento y la consiguiente partición con arreglo a la legislación foral si los bienes hereditarios se encuentran en territorio foral, pero sí se declara la nulidad de ese testamento en el Tribunal Supremo, por reclamación de los herederos esgrimiendo, el no ser «aforado» el testador (13), o bien las Leyes de Toro o, más tarde, los preceptos sobre legítimas que por vía de transacción se incluyeron en el texto del Código Civil.

(12) La legítima del Derecho de Castilla, según la Ley XVII de Toro, es de 4 quintos.

La legítima foral o simbólica no tiene contenido económico.

La legítima del Código Civil, por acuerdo transaccional previo que modifica la del antiguo Derecho de Castilla, es de 2 tercios.

(13) Cfr. *Derecho Civil de España*, 2.^a ed., 2 vols., Madrid, 1949, vol. 1.º, págs. 246 y sigs.

Pero esta conclusión hay que entenderla con mucha atención para no sufrir una grave equivocación. Que no exista en las legislaciones forales ningún precepto que prohíba a un NO AFORADO hacer su testamento como si fuera AFORADO, no puede ocultar que el supuesto por mí propuesto encuentra una opinión contraria generalizada, aunque relativamente explicable, según la cual solamente pueden ser ejercitados los derechos procedentes de la legislación foral por aquellas personas que tengan precisamente esa vecindad foral concreta (14).

Esta opinión adversa a la mía que creo podría estar justificada antes de la Constitución Española de 1978, cuando la legislación foral no se consideraba como «legislación española», sino «privilegios de unos ciudadanos españoles peculiares por su vecindad foral», siguiendo las orientaciones, ya antiguas y por eso las considero superadas, de FEDERICO DE CASTRO (15), además de la reciente existencia de las sentencias del Tribunal Constitucional español de 28 de septiembre de 1992, 12 de marzo de 1993, 6 de mayo de 1993, 8 de julio de 1993 y 16 de noviembre de 1993.

Por el contrario, la legislación de Castilla sí que pretende considerar la legislación foral como «nefastos privilegios» opuestos a la ansiada unidad legislativa civil bajo la égida del Derecho de Castilla, por lo que deben ser reducidos y acaso «tolerados» en las provincias o territorios en que existan para sus vecinos, pero sin posibilidad de hacerlos accesibles a los españoles que no disfruten del «privilegio foral».

Consecuente con este planteamiento la jurisprudencia del Tribunal Supremo veda a los no aforados que usen la legislación foral de Cataluña en una jurisprudencia antigua y moderna prohibiendo la utilización de la legítima simbólica o foral, o cualquier otro derecho procedente de la legislación foral a cualquier español de vecindad civil común, sin tomar en cuenta siquiera la posibilidad de los casos de pérdida de la vecindad común por la adquisición de la vecindad foral en cumplimiento precisamente de la restrictiva legislación común sobre los cambios de vecindad.

(14) Cfr. BORRELL I SOLER, ANTONI M.^a, *El Codic Civil a Catalunya. Estudi crític de les sentències del TS de Justícia y de les R. de la DG del R. qui l'hi apliquen*, Barcelona, 1904; MASPONS I ANGLASELL, FRANCESC, *Nostre Dret Familiar segons els autors clàssics y les sentències del antic Suprem Tribunal de Catalunya*, Barcelona, 1907; *La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Conferencia, Madrid, 1920; *Col·lecció comentat de les sentències del Tribunal Suprem referents a Catalunya*, 4 vols., Barcelona, 1926-1927; FRANQUESA, JOAQUÍN, *La jurisprudencia y el Derecho Civil de Cataluña*, 1.^a ed., Gerona, 1911, 2.^a ed., Barcelona, 1925; PASCUAL SERRES, JOSÉ M.^a, *Una interpretación del Derecho Civil de Cataluña (sentencias del Tribunal de Casación de Cataluña de 1934 a 1937)*, Barcelona, 1948; AA.VV. *El Derecho Civil catalán en la Jurisprudencia*, tomos I a X, años 1890-1940, Barcelona, 1970-1974.

(15) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Derecho Civil de España*, 2.^a ed., 2 vols., I, págs. 246 y sigs., Madrid, 1949.

En este sentido es importante la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de abril de 1949, que ha comentado DÍEZ PICAZO (16), aunque pasa por encima el tema que a mí me preocupa, lo cual es una manifiesta aceptación de la generalidad de la opinión común existente y que aún sobrevive pese a su actual carencia de fundamento legal.

El problema real es, cruda y simplemente, el reconocimiento o no de la absoluta libertad de testar, por más que políticamente se enmascare con la «prepotencia castellana para imponer a todas las regiones su derecho» o con el victimismo de determinadas orientaciones políticas que «clamaban contra la opresión de las regiones forales». Así el tema fundamental fue escamoteado, acaso por creer cada parte tener seguro el éxito total final y no hubo un verdadero debate, como demuestra la pobreza bibliográfica sobre el tema (17).

Si realmente existiera en el momento un pensamiento liberal se hubiera encontrado una solución muy fácil a las dos posturas encontradas, estableciendo la posibilidad de que cada testador optase o bien por el sistema de «legítima castellana» o por el sistema consagrado en la «legítima foral o simbólica» con absoluta independencia de la vecindad civil que ostentara el testador y sin posibilidad alguna de que los herederos pudieran poner en tela de juicio la decisión del testador, que esto como ya he dicho fue lo que propuso MANUEL ALONSO MARTÍNEZ sin éxito en la ya citada Base 17 de su Proyecto de Ley de Bases para la redacción del Código Civil de 22 de octubre de 1881, y cuyo rechazo hizo necesario esperar a la Propuesta de Ley de Bases de Francisco Silvela de 1885, que se aceptó muy modificada en el año 1888 para dar origen al Código Civil vigente precisa y casi exclusivamente por su planteamiento tan diferente a la anterior Ley de Bases de 1881.

La activa presencia, los discursos y las votaciones en las Cortes de Cádiz de los representantes de las diversas regiones forales apostaban por la unidad legislativa civil y cuando en las mismas Cortes de Cádiz se discute el artículo 258 de la Constitución de 1812, consagrando la muy conocida expresión de que «Un sólo Código Civil regirá en todos los dominios de la monarquía española», ni siquiera el Diputado catalán DOU I DE BASSOLS, que el año anterior había pronunciado un extenso y apasionado discurso el 11 de febrero de 1811, exigiendo se tuvieran en cuenta todos los «códigos» de nuestra legislación, es decir, «los castellanos, las Constituciones catalanas,

(16) Cfr. LUIS DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia*, 3.^a ed., tomo 3.º, Tecnos, Madrid, 1981, págs. 280-283, número marginal 492.

(17) Creo solamente vale la pena mencionar a: FRANCISCO LASTRES Y JUIZ, *Libertad de testar. Legítimas*. Discurso en la Universidad Central, Madrid, 1869; FRANCISCO DE LA PISA Y PAJARES, «¿Debe admitirse en buenos principios de Derecho la absoluta libertad de testar?», en *Revista de los Tribunales*, 1880, págs. 281 y sigs. REDACCIÓN, «Herederos forzosos: exposición y crítica de la legislación de Castilla, ¿deben suprimirse o modificarse las legítimas», en *Revista de los Tribunales*, 1885, págs. 113-120.

los Fueros de Aragón y las Leyes de las tres provincias vascongadas», manifestó la más mínima discrepancia en torno a la necesidad de reformar y unificar nuestra legislación civil (18).

Esta aspiración hacia la codificación era absolutamente general en España y en toda Europa y no conviene olvidar que, en aquellos tiempos, la impronta de la cultura francesa y de su Código Civil de 1804 estaba tan difundida como actual y mundialmente está hoy la norteamericana. En esa línea se nombra, en el año 1813, una comisión compuesta por siete personas «de los hombres más distinguidos de aquella época» (19) para llevar a buen término la codificación de las ramas más importantes del Derecho español que fracasa con la reacción absolutista de 1814, pero es sustituida por otra comisión de otras siete personas en el segundo período constitucional que dará origen al Proyecto de Código de 1821, que fracasa igualmente por la nueva reacción de 1823.

Vistas las incidencias políticas que hacen fracasar los distintos intentos gubernamentales, toman la iniciativa los simples ciudadanos, manteniendo la aspiración codificadora a través de diferentes proyectos particulares es preciso mencionar el de PABLO GOROSABEL (20), reagrupando trabajos anteriores, y el de MANUEL MARÍA CAMBRONERO, que afronta el tema con un criterio unificador ecléctico entre las legislaciones de Castilla y las forales, terminado por fallecimiento del iniciador por otros tres juristas (21) que no presentaron su trabajo oficialmente hasta el año 1839, y el de JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ DE LA HOZ, que, en un total de 1.529 artículos, recoge leyes de Partidas y de la Novísima Recopilación (22), siendo publicado en 1843, permaneciendo esta última orientación de los particulares hasta el mismo año 1880, como lo demuestran los

(18) MALUQUER DE TIRRELL, JOSEPH y DURÁN Y BAS, MANUEL, *Colecció dels discurs pronunciats per les senadors... en defensa de la Legislació Civil Catalá en lo Senat y en lo Congres ab motiu de la presentació a las Corts del Codic Civil de 1889*, Barcelona, 1891.

(19) Cfr. FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *La Codificación Civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho Civil de España, Común y Foral antes y después de la promulgación del Código Civil. Trabajos preparatorios para la formación de algunos Apéndices del Derecho Foral (1811-1890)*, Madrid, 1890, pág. 22.

(20) Vid. PABLO GOROSABEL, *Redacción del Código Civil de España*, Tolosa, 1832; *Examen de los principios del Código Civil español*, tres breves tomos en octavo, Tolosa, 1834, y *Código Civil de España*, Tolosa, 1846 (es sorprendente la errata de FEDERICO DE CASTRO sobre el apellido del autor, en la pág. 298 del tomo I de su 2.^a ed. del *Derecho Civil de España*, cit., Madrid, 1949).

(21) TAPIA, VIZMANOS y AYUSO.

(22) Vid. *Código Civil redactado con arreglo a la legislación vigente*. Imprenta y Fundición de don Eusebio Aguado, Madrid, 1843. SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, «La Codificación civil», cit., loc. cit., manifiesta que este Código ha sido redactado por la Comisión nombrada en 1843, lo cual es radicalmente falso con solamente leer el breve prólogo que antecede a la obra de FERNÁNDEZ DE LA HOZ.

dos tomos del «Código Civil de España, compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes», que contiene 2.255 artículos, de MARIO NAVARRO AMANDI, prólogo de EUGENIO MONTERO RÍOS, Madrid, 1880.

Cuando años más tarde FLORENCIO GARCÍA GOYENA publica su proyecto de Código Civil, elaborado en el seno de la propia Comisión de Codificación, no sospechó se había producido un cambio radical en la opinión política española, y así aparece como sorpresa el rechazo del Código de 1851, que no logra ser aprobado por su limitada referencia a los Derechos Forales, su excesivo castellanismo (23) y su línea de radical unificación.

Este resultado obliga a un radical cambio de rumbo, que va a provocar nuevas dilaciones y tanteos en el proceso codificador, pese a la pretensión del Gobierno de quemar etapas aprovechando materiales anteriores. El cambio de rumbo se instrumenta a través de dos medidas políticas:

1.^a Con la incorporación a la Comisión General de Codificación, en su Sección de lo Civil, por Real Decreto de 2 de febrero de 1880, de un representante de cada territorio foral con el encargo de redactar una memoria sobre los principios e instituciones forales que por su vital importancia se debían conservar y figurar en el Código Civil como excepción para las respectivas provincias, así como de aquellas otras de las que se podía prescindir.

2.^a Mediante la utilización del sistema de una Ley de Bases para la redacción del Código Civil, se intenta lograr que solamente las Bases se discutieran en las Cortes y se encargue de la redacción una reducida comisión técnica constituida por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

Las Memorias fueron redactadas, pero no con la celeridad pretendida de seis meses y publicadas (24), pero no hay constancia del momento en que

(23) Cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, con «Nota Preliminar» de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, incluida en la reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, págs. III-X, esp. págs. IV-V, Zaragoza, 1974.

(24) Han llegado hasta nosotros con cierta facilidad a través de las «Librerías de Viejo».

Por Cataluña, MANUEL DURÁN Y BAS, *Memoria de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1883.

Por Navarra, ANTONIO MORALES Y GÓMEZ, *Memoria de los principios e instituciones del Derecho Civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general y las que pueden desaparecer viniendo a la unificación redactada con arreglo al Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Pamplona, 1884.

Por Galicia, RAFAEL LÓPEZ DE LAGO, *Memoria sobre foros y sociedad familiar gallega escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Madrid, 1885.

Por Baleares, RIPOLL Y PALAU, *Memoria referente a las Instituciones de Baleares*, Palma, 1885.

MANUEL LECANDA, *Memoria referente a las Instituciones de Vizcaya*, Madrid, 1888.

fueron entregadas al Gobierno ni de los trámites ulteriores a que hacía referencia el Real Decreto de 1880, ampliando la Comisión General de Codificación.

Era el Gobierno, por medio del Ministro de Gracia y Justicia, quien había hecho el nombramiento de Presidente de cada una de las Comisiones, y este último quien escogía a sus colaboradores por razón de ciencia y vecindad regional mientras el Gobierno se había comprometido a remitir a las Cortes «en uno o varios proyectos de Ley» las Memorias encargadas.

Parece evidente que la desaparición de la escena política de las Memorias y de los compromisos asumidos por el Gobierno se debió a una connivencia entre todas las fuerzas políticas desde dos frentes muy distintos y sin necesidad siquiera de llegar a un acuerdo tácito se encontraron en la misma línea de actuación por razones muy distintas:

1.º Al Gobierno sólo le interesaba un Código Civil de sentido castellano y unificador, pero nunca un Código Civil con «apéndices forales».

2.º En las regiones forales existía una muy arraigada desconfianza respecto a cómo iban a ser tratadas las Memorias de cada territorio foral, al no haberse precisado en el Real Decreto las concretas atribuciones del Gobierno sobre ellas sino sólo que «las remitiría a las Cortes en uno o varios proyectos de ley», lo que propició la decisión de los foralistas de cumplir con morosidad lo mandado en el Real Decreto y esperar la futura actuación del Gobierno (25).

La nueva orientación asumida de dar entrada parcial a las normas forales, aunque solamente fuera como excepción para provincias determinadas, hace necesario un replanteo y se piensa en agilizar la tarea legislativa acudiendo al empleo del sistema de una Ley de Bases, elaborada por las Cortes, y a la que tendría que sujetarse la Comisión redactora del Código.

Este planteamiento está originado por creer que fijando las Cortes, «los grandes principios y las bases fundamentales de la legislación civil» sería más fácil conseguir el acuerdo para la consecución del Código Civil en las Cortes y más tarde ya se encargaría una reducida comisión de redactar el texto del Código Civil sometiéndose a las «bases» anteriormente fijadas por las Cortes cuyo respeto deberían controlar las propias Cortes.

(25) Me parece absolutamente inexacto el contenido y alguna apreciación de JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO quien, si bien menciona la ampliación de la Comisión de Codificación (aunque omite tres datos importantes: la fecha, el sentido de la ampliación y la finalidad de la misma) así como la existencia de las Memorias regionales elaboradas, que cito en la nota inmediatamente anterior. Cfr. JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO, *Curso de Derecho Civil Foral*, cit., pág. 8.

El primer Proyecto de Ley de Bases para la redacción del Código Civil (26) se presenta por el Ministro de Gracia y Justicia MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, el 22 de octubre de 1881, y no prospera en las Cortes por desear los diputados discutir un proyecto de Código articulado y por el temor surgido entre los foralistas a la práctica desaparición de sus ordenamientos privativos en cuyo temor tuvo influencia destacada la jurisprudencia del Tribunal Supremo al resolver problemas forales (27) especialmente catalanes.

ALONSO MARTÍNEZ, visto el motivo del fracaso de su Proyecto de Ley de Bases, presentó el proyecto del Libro 1.º y 2.º del Código Civil, que ya estaban íntegramente redactados por la Comisión General de Codificación y que no fueron aprobados por las Cortes (28).

En el año 1885 se hace la proposición por el Ministro de Gracia y Justicia, en ese momento Francisco Silvela, del segundo Proyecto de Ley de Bases para la redacción de un Código Civil que tenía grandes diferencias con el anterior:

- a) En las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral, seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del Derecho Común en Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho Romano y el Canónico.
- b) Tenía un número mayor de Bases (27 frente a las 17 de la Ley anterior).
- c) No busca, como el Proyecto de 1881, el «acercamiento a los Derechos Forales», sino que introduce la fórmula de los «Apéndices», «en uno o varios proyectos de ley en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias donde hoy existen».

Finalmente, el 11 de mayo de 1888, habiéndose continuado trabajando sobre el Proyecto de Ley de Bases para la redacción de un Código Civil

(26) El Proyecto de Ley de Bases para el Código Civil presentado por el señor Ministro de Gracia y Justicia, don Manuel Alonso Martínez, en 1881, contenía una Exposición de Motivos, no muy extensa, 2 artículos y 17 Bases. Cfr. MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Apéndice 1.º, págs. 273-284. Biblioteca Judicial, Madrid, Establecimiento Tipográfico de P. Núñez, 1884.

(27) Vid. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, cit., Barcelona, 1988, pág. 78.

(28) Vid. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, cit., Barcelona, 1988, pág. 78.

presentado en 1885 por FRANCISCO SILVELA, se logra su aprobación cuando vuelve a ser Ministro de Gracia y Justicia MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, a quien le toca refrendar como Ministro la ley cuyo proyecto había propuesto su antecesor en el Ministerio, FRANCISCO SILVELA (29). Mientras se redacta el Código Civil, cesa como Ministro ALONSO MARTÍNEZ, y terminada la redacción de éste vuelve a ser Ministro, y así dejó dicho con gracejo que «por halago de la fortuna» (30) vuelve a ser Ministro de Gracia y Justicia en el momento preciso para poner su firma de refrendo en el Real Decreto de 6 de octubre de 1888, ordenando publicar la primera edición oficial del Código Civil que, tras las reformas efectuadas en las Cortes con el pretexto de comprobar si la Comisión de Codificación había respetado las Bases dictadas para su redacción, fue de nuevo publicado en el *Boletín Oficial del Estado* como Ley de 26 de mayo de 1889, con el refrendo del entonces Ministro de Gracia y Justicia, JOSÉ CANALEJAS Y MÉNDEZ, que constituye la llamada «edición reformada».

Es también, por los frecuentes cambios de Gobierno de la época y la alternancia de pocas personas, MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, al que le corresponde, como Ministro de Gracia y Justicia, refrendar con su firma el Real Decreto de 6 de octubre de 1888, «por halago de la fortuna» (31), ordenando publicar la primera edición oficial del Código Civil que entró en vigor, pese a la prórroga de su *vacatio legis* antes de la conclusión de las reformas introducidas por las Cortes con el pretexto de comprobar si la Comisión de Codificación había respetado las Bases dictadas para su redacción, por lo que tuvo que ser de nuevo publicado en el *Boletín Oficial* como Ley de 26 de mayo de 1889, con el refrendo del entonces Ministro de Gracia y Justicia, JOSÉ CANALEJAS Y MÉNDEZ, que constituye la llamada «edición reformada» del Código Civil vigente y sobre el cual se han hecho todas las reformas y retoques posteriores.

(29) Este refrendo hace que algunos tratadistas, en base a la brevedad, atribuyan la paternidad de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, a MANUEL ALONSO MARTÍNEZ.

(30) La Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, se encuentra normalmente incluida en las ediciones del Código Civil de las Editoriales más difundidas. Siendo las por mí utilizadas: 1.^a *Código Civil*. Versión crítica del texto y estudio preliminar por JERÓNIMO LÓPEZ Y LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, con prólogo de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967; 2.^a LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE, *El Código Civil y sus reformas. Textos, antecedentes y notas*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; 3.^a PAJARES GIMÉNEZ, JOSÉ ANTONIO, *Código Civi*, 24.^a ed., Civitas, Madrid, 2001.

(31) Está la frase en el texto del Real Decreto de 6 de octubre de 1888, disponiendo la publicación del Código Civil en la Gaceta de Madrid. Cfr. JERÓNIMO LÓPEZ Y LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, *Código Civil, Versión crítica del texto y estudio preliminar*, con prólogo de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 15.

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, refrendada por el Ministro de Gracia y Justicia, MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, estaba integrada solamente por ocho artículos y en el último se contenían las 27 Bases (32).

Por las que he llamado anteriormente necesidades pedagógicas de mis alumnos, quiero resaltar unas ideas fuerza, aunque sean simplemente aclaratorias de la evolución continuada padecida.

Estas ideas fuerza se encuentran contenidas en:

1.º El artículo 2 de la Ley de Bases: «La redacción de este cuerpo legal se llevará a cabo por la Comisión de Códigos, cuya Sección de Derecho Civil formulará el texto del proyecto, oyendo en los términos que crea más expeditos y fructuosos a todos los miembros de la Comisión y con las modificaciones que el Gobierno crea necesarias, se publicará en la Gaceta de Madrid».

2.º El artículo 5 de la Ley de Bases: «Las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que la sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la Base 3.ª, relativa a las formas de matrimonio».

3.º El artículo 6 de la Ley de Bases: «El Gobierno, oyendo a la Comisión de Códigos, presentará, en uno o varios proyectos de ley, los apéndices del Código Civil en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen».

4.º El artículo 8 de la Ley de Bases: «Tanto el Gobierno como la Comisión se acomodarán en la redacción del Código Civil a las siguientes bases:

BASE 1.ª

El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones del Derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar,

(32) La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 se encuentra normalmente incluida en las ediciones del Código Civil de las editoriales más difundidas. Siendo las por mí utilizadas: 1. JERÓNIMO LÓPEZ Y LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, prólogo de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967. 2. ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *El Código Civil y sus reformas. Textos, antecedentes y notas*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. 3. JOSÉ ANTONIO PAJARES GIMÉNEZ, *Código Civil*, 24.ª ed., Madrid, 2001.

aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores».

Resumiendo, me parece de interés resaltar algunos puntos:

1.º Se otorga al Proyecto de Código Civil de 1851, antes rechazado, un extraordinario protagonismo y unos elogios absolutamente inmerecidos silenciando, en cambio, sus verdaderos méritos (33).

2.º Se acepta en el artículo 6.º de la Ley de Bases, la incorporación al Código Civil de unos «apéndices» que, sobre la base de las Memorias encargadas a la Comisión de Codificación ampliada, presentaría el Gobierno a las Cortes «en uno o más proyectos de ley», lo que nunca se pensó hacer, acaso por temor a consolidar con un nuevo fundamento legislativo los Derechos Forales a los que se creía llamados a desaparecer de manera natural al tener que enfrentarse con desventaja a la comodidad de manejo del moderno Código Civil, tal como desde el Gobierno se pensaba con excesivo optimismo.

3.º No se ve fácil, y nadie lo ha intentado todavía pese al enriquecimiento bibliográfico reciente sobre el tema, una explicación verosímil distinta de por qué en la prolija discusión parlamentaria del Código Civil durante la legislatura de 1888-1889 nadie, desde los bancos del Gobierno o de los diputados foralistas quiso plantear el tema de los «apéndices forales al Código Civil» (34).

Este procedimiento se centra en la celeridad de la redacción del texto del Código Civil aprovechando materiales anteriores.

Se introduce en la edición reformada del Código Civil una expresión tranquilizadora para los foralistas en el segundo párrafo del artículo 12 al introducir en el mismo las palabras «escrito o consuetudinario».

(33) Vid. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Nota preliminar*, inserta en la reimpresión de la edición de Madrid de 1852, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de FLORENCIA GARCÍA GOYENA, edición al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, págs. III-X, Zaragoza, 1974.

(34) Cfr. «Discusión parlamentaria del Código Civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888-1899», en *Revista de los Tribunales*, Madrid, 1891; y MALUQUER DE TIRRELL-DURÁN Y BAS, *Colecció dels discurs pronunciats per les senadors... en defensa de la Legislació Civil Catalá en lo Senat y en lo Congrés ab motiu de la presentació alas Corts del Codic Civil de 1889*, Barcelona, 1891.

La afirmación de la falta de intención de cumplimiento por el Gobierno del compromiso asumido en virtud del artículo 6 de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, se encuentra confirmada por un dato muy claro consistente en que realizadas las Memorias encargadas por el Gobierno entre los años 1883-1888, el Gobierno, si las recibió, no se ocupó de tramitarlas, y si no las recibió, tampoco se preocupó de reclamarlas.

La reforma en el seno del Código Civil efectuada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, dio nueva redacción a todo el Título Preliminar del Código Civil, produciendo variaciones de número, nueva disposición de las normas y en algunas ocasiones pérdida de individualidad de alguna expresión subsumida en otro precepto al que se dio nueva redacción, aunque en ocasiones conservando incluso parte de la dicción anterior a la cual solamente «cambió de sitio».

Por lo que se refiere al tema, es digno de notar:

1.º Que en el Código Civil vigente, el contenido del anterior artículo 12 se encuentra ahora en el artículo 13.

2.º Que para evitar confusionismos es importante tener en cuenta que, la por mí llamada edición originaria, por su enorme difusión, es en realidad la segunda edición, utilizando como tal la que a nivel técnico se suele llamar «edición reformada», por el fallo de haber entrado en vigor el Código Civil, pese a la prórroga otorgada, antes de haber acabado las Cortes Españolas la revisión que afrontaron con un exceso de celo, ya que en vez de limitarse a comprobar si se había respetado la Ley de Bases, aprovecharon la ocasión para introducir reformas y retoques.

3.º En el nuevo texto del artículo 13, que mantiene sus dos párrafos iniciales, si bien con distinta redacción, es sustancial el segundo párrafo, que ahora dice así: «En lo demás, y CON PLENO RESPETO a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios EN QUE ESTAN VIGENTES, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales».

4.º Creo conveniente resaltar el cambio brusco entre «conservar por ahora en toda su integridad», que se decía legalmente en 1889, y la dicción de 1974, en donde no sólo se suprime el carácter provisional: «POR AHO-RA», sino que se habla intemporalmente «DE PLENO RESPETO a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes», lo cual supone dos cosas que no se quisieron aclarar desde el Gobierno y que la doctrina tardó en descubrir y en resaltar:

- A) Se prescinde de conseguir la unificación legislativa civil.
- B) Se abandonan los apéndices forales al Código Civil.

Estas dos conclusiones otorgan el éxito a las pretensiones de los foralistas que se resistían a los intentos codificadores sobre la base del Derecho de

Castilla, y abren una puerta a la ulterior evolución de los Derechos Forales, debido a simples acontecimientos políticos cuyo análisis requiere una profundización sobre datos de muy difícil comprobación indudable para alcanzar un grado aceptable de fiabilidad de las apreciaciones que podrían aún ser revisadas con la constante aparición en el mercado de las librerías anticuarias de libros y documentos aún desconocidos.

Considero acreditado que, si bien los foralistas no querían ser sojuzgados por la legislación de Castilla, sí ansiaban una unidad legislativa civil, aunque no era fácil determinar cuánta porción de normas forales estaba dispuesto a sacrificar cada uno de los territorios forales.

Resulta evidente que para conseguir la unificación legislativa civil, el camino más fácil y expedito estaba constituido por la aceptación de la mayor parte de la legislación castellana, imperante en la mayoría del territorio, retomando las ideas básicas:

- 1.^a De acercamiento entre el Derecho de Castilla y los Derechos Forales.
- 2.^a De generalización para toda España de algunas soluciones forales.
- 3.^a De integrar facultativamente la solución del Derecho de Castilla y la solución foral de un problema para que todo ciudadano español pudiera optar por una solución u otra sin que entrase en juego la vecindad común o foral o la impugnación de terceros.

El Proyecto de Ley de Bases de 1881, presentado por MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, fue rechazado en las Cortes sin penetrar en su esencia por el atrincheramiento en la consecución de la presentación a las Cortes de un texto completo y articulado.

En réplica a esta situación, el propio MANUEL ALONSO MARTÍNEZ presenta los dos primeros libros del Código Civil que ya estaban totalmente ultimados por la Comisión General de Codificación que él mismo presidía, efectivamente, y que también son rechazados por las Cortes.

El efecto cumulativo depresivo de estos dos fracasos personales y políticos hace que cuando llega la ocasión de refrendar, como Ministro de Gracia y Justicia, el Real Decreto de 6 de octubre de 1888, ordenando publicar la primera edición oficial del Código Civil, suspire por la herida y manifieste en el documento oficial su críptica afirmación de «constituir un halago de la fortuna» la firma de refrendo (35).

El abandono de las ideas del Proyecto de Ley de Bases de 1881, sin discutir las en las Cortes, muestra la eficacia de su planteamiento cuando en

(35) Está la frase en el texto del Real Decreto de 6 de octubre de 1888. Cfr. JERÓNIMO LÓPEZ Y LÓPEZ Y CARLOS MELÓN INFANTE, *Código Civil. Versión crítica y estudio preliminar*, cit., pág. 15.

los documentos parlamentarios está acreditada la postura transaccional en materia de legítimas que ha trascendido al propio seno del articulado del Código Civil vigente (36).

Las cuatro fórmulas propuestas, aunque parezca un simple dato erudito, son:

1.^a La del señor FRANCO, según la que se dividiría el caudal hereditario en cuatro partes:

Una cuarta parte a repartir por partes iguales entre todos los descendientes legítimos.

Dos cuartas partes a repartir, ya sea en partes iguales o desiguales, incluso adjudicándosela íntegra a uno sólo de los descendientes legítimos.

La última cuarta parte del haber hereditario constituiría la parte de libre disposición del testador.

2.^a La del señor ALBACETE, según la cual se dividiría el total haber hereditario en cuatro partes, de las cuales una sería a repartir por partes iguales entre todos los descendientes legítimos, siendo las tres cuartas partes restantes de libre disposición del testador.

3.^a La del señor MANRESA, por la que se dividiría el total haber hereditario en dos mitades, una de ellas a repartir por partes iguales entre todos los descendientes legítimos, y la otra mitad sería de libre disposición del testador.

4.^a La del señor COMAS, por la que el total haber hereditario se dividiría en tres partes, de las cuales una de ellas a repartir por partes iguales entre todos los descendientes legítimos, otra tercera parte destinada a mejorar a uno o a varios hijos o descendientes legítimos, y la última tercera parte constituiría la de libre disposición del testador.

Sometidas a votación las cuatro fórmulas, entre los Vocales de la Comisión de Codificación, se alcanzaron los siguientes resultados:

- a) La propuesta del señor COMAS obtuvo 8 votos.
- b) La propuesta del señor ALBACETE obtuvo 4 votos.
- c) La propuesta del señor MANRESA obtuvo 3 votos.
- d) La propuesta del señor FRANCO obtuvo 2 votos.

(36) La legítima del Derecho de Castilla, según la Ley XVII de Toro, es de 4 quintos.

La legítima foral o simbólica no tiene contenido económico.

La legítima del Código Civil, por acuerdo transaccional previo que modifica la del antiguo Derecho de Castilla, es de 2 tercios.

Se aprobó, pues, la propuesta del señor COMAS como de la Comisión, que pasó a formar parte del texto del futuro Código Civil, confirmando la orientación del no debatido Proyecto de 1881 y el peso específico de MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, quien siempre luchó por un acercamiento entre el Derecho de Castilla y los diversos Derechos Forales, y por la idea fundamental de integrar en el mismo Código Civil tanto la solución castellana como la foral, dejando en libertad a todo español para que eligiese entre esas dos fórmulas a su libérrimo arbitrio.

El exceso de ambición a la hora de redactar las Comisiones Locales las Memorias, en las que se quiso incluir al máximo las peculiaridades de cada uno de los territorios, sospechando que ya se encargaría el Gobierno, a través de la elaboración de los correspondientes Apéndices, de recortar las instituciones a conservar de cada territorio y a aumentar el número de las que se podrían suprimir.

La morosidad en la elaboración de las Memorias, acumulándose a la propia morosidad del Gobierno para afrontar la elaboración de los Apéndices, va a ocasionar el aparente éxito de la consecución del Código Civil, pero en verdad se fracasa en la consecución de la unidad legislativa civil, ya que la publicación del Código Civil sin los previstos Apéndices hizo que posteriormente se prescindiera de ellos por el Gobierno, que no cumplió lo ofrecido en el artículo 6 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988, y los representantes de los territorios forales nunca reclamaron su cumplimiento.

Es por este planteamiento, precisamente, por el que se pretende conseguir una transacción en materia de legítimas, para la cual se proponen cuatro fórmulas.

Las cuatro fórmulas propuestas, aunque sea un simple dato erudito son:

1.^a La del señor FRANCO, en virtud de la cual se dividiría el caudal hereditario en cuatro partes: una a repartir por partes iguales entre todos los descendientes legítimos, otras dos cuartas partes a repartir, ya sea en partes iguales o desiguales entre e incluso adjudicándosela íntegra a uno sólo y, finalmente, la cuarta parte sería de libre disposición del testador.

2.^a La del señor ALBACETE, por la cual se dividiría también la herencia en cuatro partes, siendo una a repartir entre todos los hijos legítimos, y las tres cuartas partes restantes serían de libre disposición.

3.^a La del señor MANRESA, por la que se dividiría la herencia en dos mitades, siendo una mitad para los hijos legítimos y la otra mitad de libre disposición.

4.^a La del señor COMAS, que dividiría la herencia en tres partes iguales, de las cuales una debería repartirse por partes iguales entre todos los hijos legítimos, otra tercera parte estaba destinada a mejorar a uno o

varios hijos o descendientes legítimos, y última tercera parte constituía la de libre disposición (37).

La fórmula aceptada en materia de legítimas que se incorpora en el Código Civil no va a alterar un inesperado resultado producido por un hecho cuyas consecuencias no se supieron calcular. La promulgación del Código Civil sin los «Apéndices» por el incumplimiento del Gobierno del compromiso asumido en el artículo 6 de la Ley de Bases hizo inútiles todos los pasos dados en pro del acercamiento entre Derecho de Castilla y Derechos Forales. Sin embargo produjo un efecto consistente en disminuir la amplitud de la legítima castellana procedente de las Leyes de Toro.

La unificación legislativa civil sobre la base del Derecho de Castilla con sólo leves retoques como la fórmula transaccional aportaba en materia del *quantum* de la legítima no fue suficiente para conseguir la absoluta libertad de testar para elegir entre el sistema sucesorio foral o el sistema sucesorio castellano, con lo cual la posibilidad de lograr la unificación legislativa civil resultó imposible (38).

Quedó, como residuo del intento de unificación legislativa civil, un Código profundamente criticado y devaluado inicialmente (39), que dejaba en vigor «POR AHORA LOS DERECHOS FORALES VIGENTES», suprimía la vigencia del Derecho castellano a través del texto radical del artículo 1.976 del Código que no podía tomar la misma decisión con los textos de los Derechos Forales por la inexistencia de los «Apéndices Forales» y por la declaración de carácter dilatorio y provisional contenida en el texto del antiguo artículo 12 del Código Civil, que se mantuvo hasta la reforma del Título Preliminar realizada en el año 1974.

Ese «por ahora» abarcó desde 1889 hasta 1974, en que se vuelve a dar una nueva vuelta de tuerca en sentido favorable al «foralismo» y a la «pluralidad legislativa» mediante la nueva redacción dada al nuevo texto del Título Preliminar del Código Civil que, bajo apariencias absolutamente inocuas usando como cortina de humo frases enteras del texto anterior, sentó los cimientos de lo que más tarde cuajaría en la Constitución de 1978, por

(37) Cfr. FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN *Estudios de Derecho Civil*, 2.^a ed., tomo 6.º, vol. 2.º, págs. 787-788, Madrid, 1910. Cita este autor a MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, tomo I, pág. 48 y sigs., pero en verdad son las págs. 48-201; Biblioteca Judicial, Madrid, 1884. Más mérito que por esa obra, por todos citada aunque no leída, tiene por su denodada y perdida batalla en pro de una orientación adecuada del Código Civil que, plasmada en el Proyecto de Ley de Bases de 1881, hubiera cambiado sustancialmente el estado de nuestra legislación civil.

(38) La imposibilidad vino producida por la desaparición de los Apéndices forales y sus consecuencias.

(39) Vid. FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *La Codificación Civil en España*, cit., págs. 71-105.

la que se consagró definitivamente la imposibilidad de logro de la unidad legislativa civil apoyada por la inestimable colaboración del Tribunal Constitucional que ha interpretado la Constitución en clave más favorable a las pretensiones de los Gobiernos regionales que a las necesidades defendidas y representadas por el Gobierno central, provocando un grado de sorpresa sus razonamientos jurídico-políticos en los medios jurídicos más ajenos a toda opción partidista.

La reforma en el seno del Código Civil efectuada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, dio nueva redacción a todo el Título Preliminar del Código Civil, mantuvo el exacto número de sus artículos, engrosando el texto mediante nuevos apartados procurando mantener frases enteras del texto anterior que pierden su individualidad para ser un apartado de otro precepto más extenso (40).

Por lo que se refiere a nuestro tema es digno de notar:

1.º Que en el Código Civil vigente el contenido del anterior artículo 12 se encuentra ahora en el artículo 13 (41).

2.º Que para evitar confusionismos es importante tener en cuenta que la por mí llamada edición originaria, por su enorme difusión es en realidad la segunda edición, utilizando como tal la que a nivel técnico se suele llamar «edición reformada», por el fallo de haber entrado en vigor, pese a la prórroga otorgada, el Código Civil antes de haber acabado las Cortes Españolas la revisión que afrontaron con un exceso de celo, ya que en vez de limitarse a comprobar si se había respetado la Ley de Bases, aprovecharon la ocasión para introducir reformas y retoques.

(40) Así, por ejemplo, el artículo 1.º del anterior Título Preliminar del Código Civil ha pasado a ser el apartado primero del artículo 2 del actual Título Preliminar y de este tenor existen otros siete casos que no menciono para no ser pesada.

(41) El texto originario del artículo 12 decía: «Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4.º, libro 1.º»

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral, lo conservarán POR AHORA EN TODA SU INTEGRIDAD, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

El texto actual del artículo equivalente, tras la reforma de 1974, es:

«Art. 13.1. Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico-matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

2. En lo demás Y CON PLENO RESPETO A LOS DERECHOS ESPECIALES O FORALES DE LAS PROVINCIAS O TERRITORIOS EN QUE ESTAN VIGENTES, regirá el Código Civil como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales».

3.º En el nuevo texto del artículo 13, que mantiene sus dos párrafos iniciales, **SI BIEN CON MUY DISTINTA REDACCION, PERO QUE PUEDE PARECER LA MISMA**, es sustancial el segundo párrafo que ahora dice así: «En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales».

4.º Creo conveniente resaltar el cambio brusco entre «conservar por ahora en toda su integridad», que se decía legalmente en 1889, y la dicción de 1974, en donde no sólo se suprime el carácter provisional: «**POR AHO-RA**», sino que se habla intemporalmente «**DE PLENO RESPETO** a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios **EN QUE ESTAN VIGENTES**», lo cual supone dos cosas que no se quisieron aclarar desde el Gobierno y que la doctrina tardó en reconocer y resaltar:

Se prescinde de conseguir la unificación legislativa civil.

Se abandonan también los Apéndices forales al Código Civil.

Estas dos conclusiones otorgan el éxito a las pretensiones de los foralistas que se resistían a los intentos codificadores sobre la base del Derecho de Castilla (42), y abren de par en par la puerta entreabierta por la nueva

(42) Ningún autor ha comparado el texto del Proyecto de Ley de Bases propuesto por el Ministro de Gracia y Justicia, Manuel Alonso Martínez, el 22 de octubre de 1881, en donde siempre se habla del «Derecho Civil de Castilla», frente a la expresión contenida en el Proyecto de Ley de Bases de Francisco Silvela, propuesta a las Cortes el 7 de enero de 1885, en donde se utiliza la equívoca expresión «derecho patrio».

Nadie ha tenido la molestia de dar cuenta de cómo en el Proyecto de 1881, el número de Bases es 17 y en el Proyecto de 1885 el número de Bases es 27.

Pero todavía existe una diferencia de planteamiento doctrinal mucho más radical entre el Proyecto de 1881 y el Proyecto de 1885. Por eso es importante transcribir la Base 17 del Proyecto de 1881, que solamente ha mencionado modernamente, resumiéndola no muy felizmente, JUAN BARO PAZOS en *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, 1992, pág. 232.

«BASE 17.^a Para aproximarse á la uniformidad de la legislación en todo el Reino, se trasladarán al Código Civil, en su esencia, las instituciones forales que por su índole puedan y deban constituir, con ventaja común, el derecho general de los ciudadanos españoles. Fuera de esto, en las provincias aforadas se conservarán por ahora, y serán objeto de un proyecto de ley especial que el Gobierno presentará a las Cortes, aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres, sea imposible suprimir sin afectar hondamente á las condiciones de la propiedad ó al estado de la familia.

El Gobierno procurará, sin embargo, al redactar el Código general, establecer entre éste y aquellas instituciones especiales la posible asimilación, para que las diferencias que resulten, subsistan tan sólo como excepción de una regla común, sin romper la armonía que debe existir entre instituciones similares, y acercándolas cuanto sea dable á la unidad legislativa.

En todo caso, los naturales de las provincias aforadas, y los que en ellas posean bienes inmuebles ó derechos reales, podrán optar á su voluntad, entre sus peculiares

redacción dada al Título Preliminar del Código Civil en el año 1974, con lo cual la ulterior evolución de los Derechos Forales, aprovechando la transformación del Estado férreamente centralizado y autoritario del año 1975 en un Estado que aspiraba a ser en 1978 un Estado democrático y descentralizado en diversas Autonomías regionales bajo el ilusionante proyecto de la Constitución, absolutamente de nuevo cuño, del año 1978, podría constituir una peligrosa aventura que, siempre presentes los elementos favorables a la disgregación para tratar de alcanzar una cota más alta de poder político personal, aunque sea limitado a una porción del territorio puede plantear graves problemas en un incierto futuro (43).

Considero acreditado que, si bien los foralistas no querían ser sojuzgados por la legislación de Castilla, sí ansiaban una unidad legislativa civil, aunque no era fácil determinar y aceptar cuánta porción de normas forales estaba dispuesto a sacrificar cada uno de los territorios forales.

Resultaba evidente que para conseguir la unificación legislativa civil, el camino más fácil y expedito estaba constituido por la aceptación de la mayor parte de la legislación castellana —imperante en la mayoría del territorio— y la correspondiente disminución de algunas excepciones incluidas en los Apéndices al Código Civil favorables a cada uno de los concretos territorios forales que regirían exclusivamente en cada uno de los territorios a los que se les hubieren reconocido.

El exceso de ambición a la hora de redactar las Comisiones locales las Memorias, en las que se quiso incluir al máximo las peculiaridades de cada uno de los territorios, sospechando que ya se encargaría el Gobierno de recortar las instituciones a conservar de cada territorio y a aumentar el número de las que se podrían suprimir.

Sumándose la causa anterior al retraso en su elaboración se va a ocasionar el fracaso total del logro de la unidad legislativa civil, pues la publicación del Código Civil sin los «Apéndices», hizo que posteriormente se prescindiera de ellos por el Gobierno, que no cumplió lo ofrecido en el artículo 6 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988, y los representantes de los territorios forales nunca reclamaron su cumplimiento.

instituciones y la legislación general del Reino, en cuanto no perjudiquen á los derechos de tercero.

En consonancia de lo dispuesto en los párrafos anteriores, con la publicación del Código Civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias en donde hoy se aplican como derecho supletorio». Cfr. ANTONIO MARÍA FABIE, Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del Derecho, sobre las bases del Código Civil y sobre la organización de los Tribunales, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1885, págs. 111-119.

(43) A nadie se le ocultan las veleidades secesionistas del Bloque Nacionalista Gallego, del Partido Nacionalista Vasco y el tira y afloja del nacionalismo catalán para obtener beneficios de la Administración Central a corto plazo.

De acuerdo sustancialmente con la orientación, consagrada por los hechos más que por una decisión clara de carácter político, fijada por el texto del artículo 13 del Título Preliminar del Código Civil después de su reforma por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, la promulgación de la Constitución de 1978 estableció una distribución de competencias legislativas exclusivas entre el Gobierno Central y las Comunidades Autónomas y se señaló también un ámbito peculiar de competencia legislativa exclusiva para aquellas Comunidades Autónomas, «allí donde exista Derecho Foral para la finalidad concreta de su “conservación, modificación y desarrollo”».

El ejercicio de esa facultad provocó diversos conflictos de competencia legislativa entre Comunidades Autónomas y el Gobierno central que fueron resueltas, con diversa fortuna argumentativa, por el Tribunal Constitucional.

La doctrina establecida por el Tribunal Constitucional gira en torno a tres ideas fuerza:

1.^a Reconocer la posibilidad de utilizar el especial ámbito de competencia legislativa establecido a favor de las Comunidades Autonomas, «ALLI DONDE EXISTA DERECHO FORAL a una Comunidad Autónoma en donde SIN EXISTIR DERECHO FORAL VIGENTE SE PRETENDE CREARLO *ex novo* (44) con posterioridad a la vigencia de la Constitución acudiendo a ingeniosos ejercicios de equivocidad y a subterfugios, muy próximos al fraude de ley» (45).

(44) En sentido absolutamente opuesto, el texto de LUIS DÍEZ PICAZO, pronunciado en el año 1988, dice taxativamente: «Cualquier competencia regional en materia de Derecho Civil pasa, como presupuesto imprescindible, por la preexistencia, en el momento de la promulgación de la Constitución, de Derecho Foral en tal Comunidad». Cfr. BERNARDO MORENO QUESADA (coord.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas, Ponencias y Comunicaciones a las Jornadas de Granada, mayo de 1988*, Parlamento de Andalucía, Tecnos, pág. 17, Granada, 1989.

Con anterioridad, decía literalmente, CARLOS LASARTE ALVAREZ, «Es más, dicho planteamiento constituye el punto de partida de la Constitución de 1978; en cuanto que la previa existencia o inexistencia de Derechos Forales en las diversas regiones o países que constituyen el Estado es el criterio determinante de la posible atribución a las Comunidades Autónomas de competencias sobre la legislación civil; la cual, en principio, es de competencia exclusiva del Estado». Cfr. «Autonomías y Derecho Privado en la Constitución Española», en *Cuadernos Civitas*, pág. 100, Madrid, 1980, reimpresión 1992.

(45) La sentencia del Tribunal Constitucional, de 28-9-1992, sobre un caso procedente de Valencia, que considero absolutamente necesario leer despacio en su texto íntegro, fue la ocasión para la instrumentalización de las pretensiones foralistas de algunos, dando lugar a una movilización de profesionales de la docencia universitaria valenciana que pretenden fundamentar en no muy afortunadas expresiones *obiter dictum* de tres sentencias lo que consideran «doctrina general del Tribunal Constitucional». Vid. VICENTE LUIS MONTES PENADES, *La competencia de la Generalitat Valenciana para conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 8; CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (coord.) del volumen

2.^a La identificación inicial de los términos Derecho Autonómico y Derecho Foral para más adelante suplantarlo este último por el primero (46).

colectivo *Instituciones de Derecho Privado valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, y CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (coord.) del volumen colectivo, *Curso de Derecho Civil valenciano*, Generalitat Valenciana-Ediciones R.G.D., Valencia, 2000.

(46) La producción bibliográfica sobre la cuestión, con grandes diferencias de calidad y hondura, y desde muy contrapuestos puntos de vista, empieza a ser significativa. No solamente por lo que dice, sino muy especialmente por lo que con su peculiar semántica pretende ocultar, o disimular un juicio crítico que se procura eludir expresamente.

Hasta el momento presente se pueden citar, cronológicamente:

VICENTE LUIS SIMÓ SANTONJA, *Derecho Histórico valenciano (Pasado, presente y futuro)*, Valencia, 1979.

MARÍA ENCARNACIÓN ROCA Y TRIAS, «La creación y reforma del Derecho Civil de las nacionalidades después de los Estatutos de Autonomía», en *Semana Derecho Foral*, págs. 161-169, Bilbao, 1979.

CARLOS LASARTE ALVAREZ, «Autonomías y Derecho Privado en la Constitución Española», en *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1980, reimpresión 1992.

JAIME VIDAL MARTÍNEZ, «Reflexiones sobre el artículo 149.1.8.^a de la Constitución», en *Documentación Jurídica*, 1981, núm. 7, págs. 259 y sigs.

VICENTE BOIX, *Apuntes históricos sobre los Fueros del Antiguo Reino de Valencia*, Valencia, 1855, facsímil, Valencia, 1982.

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Notas para la interpretación del inciso «...allí donde existan» del artículo 149.1.8.^a de la Constitución*, Primer Congreso de Derecho Civil vasco, págs. 231-239, Oñate, 1983.

JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA, «Competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil», en el *Libro del I Congreso Jurídico de Asturias*, págs. 59-72, Oviedo, 1987.

FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 152 págs., Madrid, 1988.

BERNARDO MORENO QUESADA (COORD.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Parlamento de Andalucía, Tecnos, Granada, 1989.

IGNACIO GRANADO HUELMO, «El Derecho Civil y las competencias de las Comunidades Autónomas carentes de Derechos Forales o Especiales», en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, cit., págs. 126-133, Granada, 1989.

ROQUE CHABAS, *Génesis del Derecho Foral de Valencia*, Valencia, 1902, facsímil, Valencia, 1990.

RAMÓN DURÁN RIVACOBA, *Hacia un nuevo sistema del Derecho Foral y su relación con el Ordenamiento Civil Común*, Dykinson, Madrid, 1993.

VICENTE LUIS MONTES PENEDÉS, *La competencia de la Generalitat Valenciana para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos Civiles o Especiales allí donde existan», en *Derecho Privado y Constitución*, 1993, núm. 1, págs. 15-82.

CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET, «Del artículo 149.1.8.^a de la Constitución al Ordenamiento Jurídico Catalán: su reciente desarrollo en sistemas», en *Derecho Privado y Constitución*, 1993, núm. 1, págs. 125-150.

MARÍA PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales», en *Derecho Privado y Constitución*, 1993, núm. 1, págs. 151-175.

Es posible que algún lector de solamente aparente buena fe pretenda censurar la opinión que he manifestado en mi página inmediatamente anterior, metiendo la mano en mi boca para ver si muerdo. Frente a la mala fe ajena, cualquiera se encuentra inerme y poco valen las medidas *a posteriori* por lo que yo ahora, curándome en salud y demostrando que no me dejo sorprender por la mala fe ajena, quiero aducir cómo es verdad que estos autores, que quieren resucitar el Derecho Foral valenciano con el pretexto de la Constitución de 1978, se cuidan mucho de mencionar el término «foral» y acuden al uso de los términos «Derecho Civil propio» (47), de reciente acuñación o al que les parece más adecuado «Derecho Civil valenciano», aunque para cualquier persona este dato que menciono, junto a la edición en facsímil de viejos textos muy anteriores a la Constitución, hace absolutamente transparente la maniobra (48).

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, «La Comunidad Autónoma de Aragón y su Derecho Civil Foral», en *Derecho Privado y Constitución*, 1993, núm. 1, págs. 177-221.

MIGUEL COCA PAYERAS, «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 1994, págs. 435-442.

VICENTE ORTEGA LLORCA, «Del Derecho Foral valenciano al Derecho Civil Especial valenciano», en *Revista General de Derecho*, 52, 1996, págs. 12781-12803.

CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

RAFAEL VERDERA SERVER, «Competencias de la Comunidad Valenciana en materia de Derecho Privado», en el volumen colectivo *Instituciones de Derecho Privado valenciano*, cit., págs. 29-106.

JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO, *Curso de Derecho Civil Foral*, Dykinson, Madrid, 2000.

CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (COORD.), *Curso de Derecho Civil Valenciano*, Ediciones RGD y Generalitat Valenciana, Valencia, 2000.

CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «El Derecho Civil valenciano en el momento presente: vías de creación y desarrollo», en *Curso de Derecho Civil valenciano*, cit. págs. 53-66.

JORGE CORREA BALLESTER, «El Derecho Civil valenciano histórico», en *Curso de Derecho Civil valenciano*, cit., págs. 145-192.

LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Competencia de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Privado», en *Curso de Derecho Civil valenciano*, cit., págs. 231-260.

(47) Cfr. MIGUEL COCA PAYERAS, «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, núm. 2, págs. 435-442.

(48) Cfr. VICENTE LUIS SIMÓ SANTONJA, *Derecho Histórico valenciano (pasado, presente y futuro)*, Valencia, 1979; VICENTE BOIX, *Apuntes históricos sobre los Fueros del Antiguo Reino de Valencia*, Valencia, 1855, edición facsímil, Valencia, 1982. Servicio de reproducción de libros de Librerías París-Valencia; ROQUE CHABAS, *Génesis del Derecho Foral de Valencia*, Valencia, 1902, edición facsímil, Valencia, 1990. Servicio de reproducción de libros de Librerías París-Valencia; VICENTE LUIS MONTES PENADÉS, *La competencia de la Generalitat Valenciana para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; VICENTE ORTEGA LLORCA, «Del Derecho Foral valenciano al Derecho Civil Especial

Parece altamente disculpable que, con una sonrisa benévola, se disculpe el entusiasmo regionalista de un grupo de profesores universitarios, pero no es en modo alguno posible otorgar el mismo grado de disculpa al Tribunal Constitucional de España, encargado de velar por el respeto a la Constitución vigente cuando hace unos equilibrios dialécticos cuyo efecto sea semejante al que se produciría si se eliminase del texto legal un breve conjunto concreto de palabras que alterase totalmente el sentido del precepto: no es lo mismo otorgar competencia legislativa a una Comunidad Autónoma «en donde exista Derecho Foral» para que conserve, modifique y desarrolle SU Derecho Foral, que otorgarle a una Comunidad Autónoma en donde NO exista Derecho Foral, competencia legislativa para CREAR, MODIFICAR Y DESARROLLAR UN DERECHO FORAL INEXISTENTE.

Si como en su día dijo CARLOS LASARTE ALVAREZ (49), una porción de la atribución de competencia legislativa en materia civil quiso la Constitución entregársela a aquellas Comunidades Autónomas «allí donde exista (Derecho Foral), resulta evidente que esa porción de competencia legislativa en materia civil NO HA QUERIDO ENTREGARLA LA CONSTITUCION A LAS COMUNIDADES EN DONDE NO EXISTA (DERECHO FORAL), ya sea porque simplemente nunca lo ha tenido o porque lo ha perdido en virtud de una reforma legislativa.

Es realmente llamativo que, casi nueve años más tarde, se vuelva sobre la misma idea, acaso expresada con una mayor rotundidad por cuanto está enunciada oralmente en la Conferencia inaugural del Congreso, recogida en el volumen correspondiente a las Ponencias y Comunicaciones pronunciadas por el Catedrático y entonces Magistrado del Tribunal Constitucional, LUIS DíEZ PICAZO (50).

Como el dato de la inexistencia de Derecho Foral en la región valenciana es del dominio público, hasta el presente mientras la generalización sin réplica de las pretensiones foralistas valencianas no consiga enmascarar los

valenciano», en *Revista General Derecho*, tomo 52, 1996, núm. 627, págs. 12781-12803; RAFAEL VERDERA SERVER, «Competencias de la Comunidad Valenciana en materia de Derecho Privado», en *Instituciones de Derecho Privado valenciano*, cit., págs. 29-106; CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «El Derecho Civil valenciano en el momento presente: vías de creación y desarrollo», en *Curso de Derecho Civil valenciano*, cit., págs. 53-66; LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Competencia de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Privado», en *Curso de Derecho Civil valenciano*, cit. págs. 231-260.

(49) Cfr. *Autonomías y Derecho Privado en la Constitución Española*, cit., pág. 100.

(50) Cfr. LUIS DíEZ PICAZO, «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil», Conferencia Inaugural, BERNARDO MORENO QUESADA (coord.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Parlamento de Andalucía, Tecnos, págs. 13-21, esp. pág. 17, Madrid, 1989.

hechos históricos, el Tribunal Constitucional acude a una nueva licencia verbal para estimar que cuando fueron suprimidos los derechos forales y, a los pocos años, restaurados en todos los territorios anteriores menos en Valencia, sin embargo quedó en Valencia un residuo consuetudinario y éste es el que va a ser desarrollado por la competencia legislativa otorgada en general a todas las Comunidades Autónomas con más o menos amplitud.

Este planteamiento y la falta de apreciaciones críticas sobre las diversas sentencias producidas por el Tribunal Constitucional en torno al reparto de competencia legislativa entre las Comunidades Autónomas y el Gobierno Central, así como la frecuente dejación de los intereses generales cuando el partido del Gobierno necesita votos de una región y los compra retirando con desparpajo recursos de inconstitucionalidad, hace muy evidente el acceso a la última parte del trabajo que consistiría en alertar sobre algunos puntos concretos, pero ya estoy cansada, debo dejarlo y además, en una parte muy considerable coinciden con las aprensiones de futuro de RAMÓN DURÁN RIVACOBÁ (51) que solamente se verán algo atenuados por aquellas orientaciones que menos agradan: una mundialización mediocre preocupada de vivir muy bien una porción mínima de privilegiados y desentendida del hambre y la miseria del resto de la población mundial.

ROSA PEÑASCO
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil
UNED

(51) Cfr. RAMÓN DURÁN RIVACOBÁ, *Hacia un nuevo sistema del Derecho Foral y su relación con el Ordenamiento Civil Común*, esp. pág. 172, Dykinson, Madrid, 1993.

DICTAMENES Y NOTAS

Algunas notas sobre el proceso agrario en España

SUMARIO: A) CONSIDERACIONES GENERALES.—B) EL SISTEMA DE LA LAR.—C) SISTEMA DE LA LEY 1/2000.

En un Curso de Doctorado en materia de Derecho Agrario y Ambiental que impartí hace poco en la Universidad de Jalapa, México, y a diferencia de lo que allí ocurre —que tienen Tribunales Agrarios especiales— hube de explicar que en España, tradicionalmente, no se ha sentido necesidad de una jurisdicción especial agraria, ya que todos los procesos civiles se encontraban sujetos a la jurisdicción de los tribunales ordinarios y al procedimiento ordinario, en el que predominaba la escritura. Ello ya desde Las Partidas, criterio mantenido hasta la Codificación, en el XIX, y si el proceso ordinario es el proceso único —sin perjuicio de crearse algún proceso plenario rápido para asuntos civiles de pequeña cuantía, emparentado con alguna especialidad de ciertos objetos, como el mercantil, y antecedente del juicio verbal que se plasmó en la legislación de enjuiciamiento civil—, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, correspondía exclusivamente a los Juzgados y Tribunales ordinarios. También ahora la Jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y tribunales. Son declaraciones de principios que están positivizados. Tan sólo en algún momento, por razones estructurales judiciales de orden social, determinadas cuestiones correspondían en definitiva a una Sala especial del Tribunal Supremo, y más en concreto, y en realidad, las únicas cuestiones agrarias tenidas en cuenta legislativamente eran las derivadas de conflictos correspondientes a los arrendamientos rústicos.

Es verdad que en materia de aguas de riego contamos aún en la actualidad con el precedente extraordinario del Tribunal de las Aguas de Valencia, que se rige por principios y costumbres locales de gran interés histórico, con predominio total de la oralidad e inmediatez, desde que don Jaime I reconoció la validez de costumbres anteriores en esta materia, en la huerta

valenciana, al reconquistar la ciudad a los musulmanes, y cuyo sistema de riego se ha acreditado ya, suficientemente, que procede a su vez de la época de dominación romana. Sistema de riego y de solución de conflictos que sin duda influyó en los Jurados de Riego de las Comunidades de Regantes posteriores.

A) CONSIDERACIONES GENERALES

Pero si nos concretamos a la época más reciente, y tenemos en cuenta el contenido de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, en vigor en la materia con carácter general —aunque haya sufrido luego algunas modificaciones o supresiones que han afectado además a su parte procesal como veremos—, la misma aspiró a resolver, hasta cierto punto, la situación de marasmo legislativo anterior en esta precisa materia, ya que a partir de la precedente Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, que fue base de todo el sistema arrendatario agrario español, a lo largo de prácticamente cincuenta años se habían ido promulgando normas más o menos coyunturales que hacían del conjunto de su legislación un laberinto de difícil recorrido, y en consecuencia de enojosa aventura y aplicación para los juristas y los mismos jueces. La ley de 1980 quiso, pues, poner orden, entre otras cosas, en su específica materia procesal, por la anterior variedad de procedimientos concurrentes a que se había llegado, que hacía aventurado y con gran esfuerzo acertar con el proceso adecuado a cada circunstancia, lo que conllevaba inseguridad para el justiciable y los profesionales.

Una de las reformas emprendidas por esta Ley 83/1980, bienintencionadas, quiso hacerse a través de las llamadas Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, pretendiendo con su creación y actuación de carácter previa a la jurisdiccional, conciliar y evitar contiendas judiciales —por ejemplo, en intentos de avenencias previas, preceptivos para la revisión de la renta, denegación de prórrogas, abonos por mejoras, conversión de la aparcería en arrendamiento o en cuestiones como concesión de preferencia en caso de haber varios beneficiarios en situación de ejercer el tanteo, el retracto o la adquisición preferente, etc.—, pero bien por razón de la estructura misma con que fueron concebidas —con representación de organismos administrativos y de los propietarios de la tierra y agricultores arrendatarios, en razón a su representatividad real en el ámbito agrario, no debidamente acreditada en los ámbitos sindicales y políticos—, bien por razón de sus competencias, bien por sus normas de funcionamiento, lo cierto es que en la práctica no han llegado a funcionar y su existencia, y aún más su inexistencia en muchos casos, ha sido perturbadora para los Tribunales mismos, en un trámite más obstaculizador de una tramitación rápida y eficaz del verdadero proceso. A

título de ejemplo puede citarse la sentencia del Tribunal Constitucional 119/1983, de 14 de diciembre, que declaraba la nulidad de resoluciones de una Audiencia Provincial que resolvía un procedimiento de cognición interpuesto ante un Juzgado de Primera Instancia y ordenaba retrotraer la situación hasta que se celebrase acto de avenencia preceptivo ante tal organismo. No se había celebrado acto de conciliación preceptivo ante la Junta Arbitral porque en la localidad correspondiente no se había constituido nunca tal Junta Arbitral, y el Tribunal Constitucional, amparando al ciudadano afectado, entendió que la inactividad de la Administración no justificaba que se le dejase indefenso. Mismo criterio que luego siguió el Tribunal Supremo en otras resoluciones. En consecuencia ha sido una creación legal absolutamente ineficiente y de nula trascendencia práctica en la solución de conflictos. Parecía por tanto obligado que con la última reforma procesal, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, desaparecieran tales Juntas Arbitrales. Sin embargo, los artículos 121 y 122 de la LAR, reguladores de estas Juntas, no se incluyen en la Disposición Derogatoria única, 2, 7.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que sí deroga expresamente las demás normas procesales especiales arrendaticias, artículos 123 a 137 de dicha LAR.

Porque la Ley 83/1980 tenía un gran tercer apartado, junto a los arrendamientos y a las aparcerías, dedicado a la Jurisdicción en materia de arrendamientos rústicos y aparcerías. Ese vocablo, jurisdicción, debía entenderse con un sentido amplio, y no propiamente técnico-jurídico, porque tenía normas no propiamente jurisdiccionales, imprecisas, sobre la perturbadora —hablando procesalmente— actuación posible, por ejemplo, del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario —IRYDA— o de las ya mencionadas Juntas Arbitrales. Tengo que decir que como único Letrado provincial de IRYDA, que fui durante muchos años, en Almería, y desde la Secretaría de la Cámara Agraria Provincial, que también desempeñé ocasionalmente a lo largo de casi un año, jamás fui requerido para ninguna actuación que la Jurisdicción precisase de ninguno de estos dos Organismos Administrativos. Pero en cualquier caso y de forma algo contradictoria, la Ley de 1980 reclamaba la competencia en el conocimiento de asuntos arrendaticios con base en el principio de unidad jurisdiccional, en concordancia con el artículo 117 de la Constitución española y con la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En una elemental aproximación al sistema, en una breve reflexión de esta naturaleza, cabe decir que en la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior a la actual, esto es, la de 1881, con todas las modificaciones habidas, por ejemplo, elevando las cuantías, se venían a establecer, dentro de las diferentes categorías de los procesos declarativos —y dejando aparte a los ejecutivos o especiales— de mayor a menor complejidad y cuantía, los de mayor cuantía, para demandas de más de 160 millones de pesetas; estadísticamente

eran pocos los pleitos de tal cuantía, por lo que los de menor cuantía, para demandas superiores a 800.000 pesetas, quedaron en realidad como tipo procesal, ya que a esta tramitación se recondujeron los asuntos de cuantía indeterminada, aunque un tanto desnaturalizado desde que dejó de ser un plenario rápido; además existían los juicios de cognición para demandas superiores a 80.000 pesetas, y los juicios verbales para demandas inferiores a 80.000 pesetas.

En la actual Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, los Tribunales del Orden Civil quedan confirmados en su condición de tribunales ordinarios por excelencia, ya que su competencia se extiende además de a la aplicación del Derecho Privado a todas las demás materias no atribuidas a otros órdenes —contencioso-administrativo, laboral o penal—, como tribunales de competencia especializada. En materia de arrendamientos o propias del Derecho Agrario claro está, pues, que entienden los Tribunales del Orden Civil. Antes, en cambio, cabría, en su caso, señalar la existencia de procedimientos especiales, de los que la legislación española podía contabilizar cuarenta maneras diferentes de tramitar los asuntos en primera instancia, lo que podía suponer una tutela judicial privilegiada, por distinta, frente a la ordinaria. A esa situación dispersa ha querido poner remedio la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si nos fijamos pues en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, podemos señalar, en cambio, que dentro de la competencia objetiva y funcional se ha simplificado el sistema, para deducir: 1.º, la atribución a los Juzgados de Paz, por los trámites del juicio verbal, de los pequeños asuntos no superiores a 15.000 pesetas; 2.º, que los Juzgados de Primera Instancia son los órganos básicos de la justicia civil, que conocen de todos los asuntos no atribuidos a otro órgano judicial, tanto por los trámites del juicio ordinario, como del juicio verbal —en cuanto exceda de las 15.000 ptas. antedichas—, así como de todos los juicios especiales; 3.º, que las Audiencias Provinciales tienen competencia judicial para conocer los recursos de apelación y queja contra resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia de la provincia; 4.º, que las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas conocen de los recursos de casación y revisión contra las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma, si hay infracciones de normas de Derecho Civil o Foral propio de la Comunidad, ya que en otro caso la competencia es del Tribunal Supremo.

Ahora bien, los procesos especiales han desaparecido en su mayor parte en esta LEC de 2000, aunque pueda considerarse la subsistencia de alguno por razón del derecho material, como en el caso del retracto, o cuando se trata de la recuperación de la posesión en el arrendamiento, reconducida al juicio verbal —art. 250.1.º-1.º— en materia que en principio debería tramitarse por el juicio ordinario —art. 249.1.6.º—.

B) EL SISTEMA DE LA LAR

Pues bien, en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, el juicio tipo o básico elegido fue el de cognición, y siguiendo lógicamente el sistema de competencia jurisdiccional por el lugar donde esté la finca, o su parte principal, considerando tal aquélla donde esté situada la casa de labor del arrendatario o en su defecto la mayor cabida. La cuantía litigiosa se determinaba en los arrendamientos por la renta anual, salvo que el litigio versara sobre una reclamación concreta, en cuyo caso la cuantía se determinaba por el valor de lo efectivamente reclamado. Y respecto a las normas sobre representación aplicables a los procesos arrendaticios rústicos, se establecía para los juicios de desahucio por falta de pago de rentas y cantidades asimiladas que podrían los interesados comparecer personalmente en todos los casos; en los juicios de cognición de cuantía inferior a 500.000 pesetas, cualquiera que fuese la acción ejercitada ante el Juzgado correspondiente en proceso de cognición, serían de aplicación las normas anteriores, y en juicios de cognición de cuantía superior a 500.000 pesetas atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia parecía que la Ley, salvo las excepciones legalmente señaladas, sustanciaba los procesos, sea cual fuese el juzgado competente, también por las normas del juicio de cognición, y dejaba libertad de que las partes comparecieran por sí mismas o por Procurador legalmente habilitado y no siendo posible, las partes podrían habilitar al Letrado en ejercicio o a cualquier persona que les representase. En los procesos en que se dedujeran acciones de retracto o se quisiera obtener anotación de créditos refaccionario, sí se necesitaban Abogado y Procurador.

También se preveía la acumulación de acciones contra el mismo demandado, salvo en los juicios de desahucio por falta de pago y los de retracto. Respecto a trámites, cuando se tratase de procedimientos en que se ejercitase una acción resolutoria con base en la falta de pago de las rentas o cantidades asimiladas, el procedimiento sería el de desahucio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en cualquier otro supuesto en que se planteasen acciones de otra índole —excepto las de retracto, anotación de créditos refaccionarios o embargo de bienes para el pago de deudas nacidas del contrato de arrendamiento o aparcería—, el procedimiento a seguir sería el del juicio de cognición, que se perfilaba y levantaba pues como proceso tipo en la materia.

En un esquema procesal, simple, del juicio de desahucio —art. 128— eran parte legítima para promoverlo los que tuvieran la posesión real de la finca a título de dueño, usufructuario o cualquiera otro que les diera derecho a disfrutarla y sus causahabientes, y en cualquiera de estos conceptos podían intervenir como arrendadores pudiendo comparecer por sí mismos, para legitimar su acción de desahucio por falta de pago de la renta. La demanda se iniciaba con «papeleta» extendida en papel común, con los

datos de identificación de las partes, pretensión deducida, fecha y firma. Y tantas copias como demandados. Para celebrar el juicio, el Juez convocaba a las partes a juicio, señalándolo para un día que no podría ser superior a los seis días siguientes, y mediando tres días entre la citación al demandado y el del juicio. Durante él las partes exponían de viva voz, y por su orden, sus pretensiones, recogidas en el acta, y proponían las pruebas, que admitidas se habían de practicar en plazo máximo de seis días, teniendo en cuenta que tratándose de falta de pago del precio estipulado no era admisible otra prueba que la confesión judicial o el documento o recibo en que constara haberse realizado el pago. Practicadas las pruebas, unidas a los autos, el Juez citaba a las partes para oír las, aunque a veces este trámite se sustituía por una instructa escrita de las partes, y a continuación, en plazo de tres días, el juez dictaba sentencia, declarando haber lugar o no al desahucio, con la preceptiva condena en costas correspondiente. Debemos mencionar que todavía cabía enervar la acción misma de desahucio mediante el pago o consignación, bien antes del juicio o, según los casos, posteriormente, antes del lanzamiento, rehabilitando el contrato, también según los casos. Así como el enervamiento afecta a la acción, la rehabilitación se refiere al contrato. Para evitar reiteración de estas posibilidades y abusos de derecho, se limitaba esta facultad del arrendatario a tres veces alternas o dos consecutivas, no pudiendo en tal caso utilizar tal beneficio.

Pero fuera de tales supuestos y de algunos otros especiales relativos al retracto —art. 129—, embargo preventivo en ejecución de sentencias de desahucio, depósito de bienes del arrendatario o aparcero en garantía del pago de las costas del juicio de desahucio, intervención de cosechas o aseguramiento de bienes agrícolas, o pecuarios litigiosos —art. 130—, los demás juicios derivados de la aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, se sustanciarían por las normas del proceso de cognición —art. 131— cualquiera que fuese su cuantía.

Esta era sin duda la norma más interesante, a efectos procesales, de la LAR, porque reducía con ello a un solo procedimiento, el de cognición, la ingente maraña de procedimientos anteriores, ofreciendo respecto de la situación anterior, garantías de seguridad, rapidez, eficacia y simplicidad.

En un esquema procesal simple del juicio de cognición arrendaticio, cabe decir que la competencia se atribuía al Juez de Primera Instancia. En materia de postulación, las partes podían comparecer por sí mismas, siendo facultativa la representación por Procurador legalmente habilitado, y de no existir o no poder disponer del mismo, en el distrito judicial, podían los contendientes apoderar a un letrado en ejercicio para que las representase, y en último caso podían servirse de cualquier persona, acreditando en los autos el poder mediante escritura pública o por comparecencia ante el Juzgado

conocedor del asunto, en poder *apud acta*. La defensa requería Abogado en ejercicio, y si ello fuere imposible en tal Juzgado, mediante Procurador.

Respecto de la demanda, debía constar por escrito, con referencia al Juzgado a que se dirigía, datos personales y circunstancias del demandante y demandado, y de sus representantes. Y en párrafos separados, los hechos circunstanciados y fundamentos jurídicos que apoyasen la pretensión. En el Suplico debía fijarse con claridad y precisión lo que se pedía, la acción ejercitada, cuantía litigiosa, fecha, y firmas (del actor o testigo a su ruego si no pudiese o supiere firmar, o su representante legal o técnico, en su caso, y del Abogado si intervenía).

Con la demanda se acompañaban los documentos necesarios, poder, legitimación del actor en su caso si actuaba por representación, aquéllos en que fundase su derecho y archivos en su caso, y copias para los demandados. Tras el reparto o turno judicial, en su caso, se procedía a examinar las exigencias legales, con la admisión de la demanda en el juzgado correspondiente, examinando la capacidad de las partes, la posible subsanación de defectos en tres días, la ratificación del actor dando curso. Y el Juez en tres días, dando traslado al demandado —en su persona o pariente con quien conviviese— le emplazaba para comparecencia y contestación en plazo improrrogable de seis días. El escrito de contestación debía redactarse acomodado a la demanda, oponiendo las alegaciones y excepciones pertinentes, y aunque también caben el allanamiento o el desistimiento del actor, en caso de rebeldía por falta de personación del demandado, se dictaba providencia teniendo por contestada la demanda —en forma negativa— siguiendo el juicio su curso, y notificándose en la sede del Juzgado ésta y las demás providencias posteriores. Naturalmente la falta de comparecencia y contestación implicaba conformidad con los hechos aducidos en la demanda.

La fase siguiente era la probatoria, respecto de los hechos y de las alegaciones respectivas, convocando el juez para la celebración del juicio, que debía iniciarse en término del quinto día a partir de tal providencia, pudiendo comparecer las partes o sólo alguna de ellas, continuando el juicio. De no comparecer el actor y sí el demandado, se le daba audiencia, continuando el juicio, sin que el actor pudiese proponer otra prueba que la confesión judicial. Lo mismo para el caso de que no compareciere el demandado. Si no compareciere ninguno procedía declaración de conclusión para sentencia, sin más trámite.

Compareciendo ambas partes, y abierto el acto, las partes concretaban sus posiciones, recibiendo el juicio a prueba por diez días. Declaradas, en su caso, pertinentes las propuestas, el plazo de prácticas corría entre los diez y treinta días, por las que hubiere de practicar fuera del lugar del juicio. Esta práctica probatoria era en audiencia pública, con intervención personal del

juez, que podía formular las preguntas precisas para valorar declaraciones, dictámenes, etc.

Ya en fase resolutoria, concluso el juicio para sentencia, había cinco días para la misma, improrrogables, pudiendo el juez acordar algunas diligencias para mejor proveer, pedir asesoramiento o antecedentes. Entre otros, a la Cámara Agraria local, sobre usos, costumbres, etc., de modo que el Juez no resulta constreñido por lo aportado por las partes, pudiendo acordar toda clase de pruebas.

El Juez tendría atribución plena para determinar la renta justa en cada caso sometida a su revisión o para establecer la cláusula de actualización de renta en los contratos que no la tuviesen, sin que la solicitud de aumento impidiese pronunciar fallo rebajando la renta o lo solicitado sobre el particular, y viceversa, no siendo preciso que el demandado hiciera uso de la reconvencción. Con lo cual en cierto modo quiebran los principios de rogación y congruencia —según los cuales un juez puede dar menos pero no más ni distinto de lo pedido— ante tamaña facultad discrecional del juez.

En todo caso cabía apelación ante las Audiencias Provinciales, en plazo de diez días, y contra la resolución de éstas no se daba ya recurso alguno. Apelación posible tanto si el pronunciamiento se daba en los juicios de desahucio como en los de cognición, cualquiera que fuese su cuantía.

Hasta aquí una muy apretada síntesis de la normativa procesal contenida en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980. Sin embargo, la misma ha sido derogada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, que ha entrado en vigor en enero de 2001.

C) SISTEMA DE LA LEY 1/2000

Tenemos que ver pues qué procesos, con arreglo a esta última Ley, se pueden seguir para resolver actualmente los problemas derivados de la tenencia de la tierra, arrendamientos, deslindes, servidumbres, aguas, medio ambiente, etc., es decir, cuantas cuestiones afecten al Derecho Agrario, concedido éste con la necesaria amplitud.

El sistema elegido por la LEC/2000 para determinar de modo general el proceso adecuado atiende (1) a la cuantía o valor de la pretensión, si bien en principio toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada tramitación especial será conocida y decidida por alguno de los dos juicios ordinarios declarativos, es decir:

(1) Vid. JUAN MONTERO AROCA y otros, *Derecho Jurisdiccional II*, Proceso Civil. Tirant lo Blanch, 2000.

1.º Verbal, si el valor económico de la contienda no excede de 500.000 pesetas (salvo lo ya indicado para los Juzgados de Paz).

2.º Ordinario, para asuntos de más de 500.000 pesetas, y aquellos cuyo interés económico resulte inestimable o imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo. Efectivamente puede calcularse de modo indirecto, por ejemplo, sabiendo que los daños a reclamar son en todo caso superiores a 500.000 pesetas. Es carga del actor y su control corresponde de oficio al juzgado, en cuanto afecte al procedimiento, o bien al demandado, que puede impugnarla por la misma razón, o incluso por la posibilidad o no, ulterior, de la casación.

La ley determina una larga lista de reglas para fijar en la demanda la cuantía. Esta, a su vez, determina además la posibilidad de recurso de casación, si excediere de 25.000.000 de pesetas, lo que sólo cabe en algunos juicios ordinarios.

Pero si el criterio general para la determinación del proceso es el de la cuantía, el criterio especial es el de la materia, de aplicación preferente al de la cuantía, que opera si no existe norma expresa contraria. El Libro IV se refiere a los procesos especiales (que aquí no son del caso, sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, división judicial de patrimonios, monitorio y cambiario), de modo que en defecto suyo hay que atender o al proceso verbal o al proceso ordinario. Los artículos 249 y 250 de la LEC determinan qué asuntos se conocerán por uno o por otro procedimiento.

Así, por ejemplo, son materia del juicio ordinario, entre otras muchas cuestiones, las demandas que versen sobre arrendamientos rústicos de bienes inmuebles —salvo que se trate del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia—, o las que ejerciten acción de retracto de cualquier tipo.

Son materia de juicio verbal, las demandas que con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractualmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica, arrendada, o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca. También las demandas para recuperación de plena posesión de fincas rústicas cedidas en precario por el dueño, usufructuario o persona con derecho a poseer la finca; las demandas que pretendan la posesión de bienes adquiridos por herencia si no están poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario; o las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado o perturbado en su disfrute; o resolución sumaria de suspensión de obra nueva, demolición o derribo de obra, edificio, árbol, etc., que por su estado ruinoso pueda causar daño al demandante; o las que instadas por titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se

opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación; las que pretendan la rectificación de hechos inexactos o perjudiciales, etc.

Estos son pues los ámbitos respectivos del juicio ordinario y del juicio verbal. Es imposible en un lugar como éste, intentar hacer un análisis de cada uno de ellos, porque ello requeriría una monografía entera. Nos conformaremos con decir que así como el procedimiento ordinario comienza con demanda escrita —que debe contener completamente la pretensión, con sus requisitos subjetivos de determinación del órgano judicial y designación de partes, fundamentación con exposición de hechos numerados y separados, y sus fundamentos de derecho, procesales y de fondo, y petición clara y precisa, y con acompañamiento de documentos procesales y materiales—, en cambio el juicio verbal comienza con lo que se llama demanda sucinta, a la que se ha llamado tradicionalmente «papeleta» en el Derecho español, en la que no se contiene de modo completo la pretensión sino sólo «lo que se pida» y por ello luego dice la LEC que la vista comenzará con la exposición por el demandante de los fundamentos de lo que se pida, es decir, de la causa de pedir —salvo que la demanda se hubiere formulado conforme a lo previsto para el juicio ordinario— de modo que en el juicio verbal la pretensión se interpone en dos momentos complementarios, la demanda y la vista.

En el juicio ordinario, como plenario, se dan todos los trámites, posibilidades y pruebas, de modo que no existen limitaciones en las alegaciones de las partes, en el objeto de la prueba y en la cognición judicial, produciendo la sentencia que se dicte efectos de cosa juzgada material.

Al juicio verbal puede atribuírsele una triple naturaleza (2):

- Cuando la procedencia del juicio verbal se determina en atención a la cuantía, estamos en presencia de un proceso declarativo ordinario y plenario.
- Cuando la procedencia del juicio verbal se determina por razón de la materia, estamos ante un juicio especial como alternativa al proceso ordinario.
- Cuando la procedencia del juicio verbal se determina por razones de la materia y además se dice que la tutela será sumaria, o que la sentencia tendrá carácter sumario, estamos ante un juicio que es, además de especial, sumario.

Es sabido que en un juicio sumario, a diferencia de uno plenario, hay limitaciones en las alegaciones de las partes, en los medios de prueba y en

(2) Vid. Para mayor información, MONTERO AROCA y otros, *op. cit.*, especialmente págs. 377-379.

la cognición judicial, y que la sentencia que recae no produce efecto de cosa juzgada material, pudiendo las partes acudir luego a un juicio plenario posterior en el que podrá plantearse con toda amplitud el conflicto.

Pero interesa destacar con la doctrina que no está clara la naturaleza jurídica de tres juicios verbales:

1.º Si el desahucio de la finca rústica dada en arrendamiento por expiración del plazo fijado contractualmente es o no sumario. El artículo 447.2 de la LEC. Se refiere sólo al desahucio o recuperación de la finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, expresión que se reitera en el Preámbulo de la LEC, pero en los dos casos no hay alusión a la expiración del plazo. Aunque la respuesta es dudosa, MONTERO AROCA cree que es un proceso sumario porque en él se debate sólo el extremo del plazo, quedando abierta la posibilidad de un proceso plenario posterior.

2.º Si en las frases «pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de renta o alquiler» del artículo 447.2, debe quedar incluida la materia relativa a la «recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca» del artículo 250.1.2.º, lo que tiene respuesta negativa, pues en el Preámbulo se dice expresamente que el desahucio por precario no es sumario.

3.º Y si en la frase «tutela sumaria de la posesión» del artículo 447.2 debe quedar incluida la materia atinente a la «posesión de bienes de quienes los hubiesen adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario» del artículo 250.1.3.º Se trata del antiguo interdicto de adquirir la posesión, del que venía sosteniéndose su carácter sumario, pues no impedía un proceso plenario posterior sobre la propiedad del bien, lo que debe seguir sosteniéndose en la actualidad.

Ya hemos visto que en el juicio verbal cabe su inicio por papeleta, que supone el ejercicio del derecho de acción, pero en ella no se interpone completamente la pretensión, completada después en el inicio de la vista, en la que el actor fundamenta lo que pide, pero cabe también presentar una demanda no sucinta, en cuyo caso en el inicio de la vista se ratifica en la demanda. También está previsto que en los juicios verbales en los que se reclame una pretensión dineraria, en cantidad inferior a 150.000 pesetas, el actor pueda formular su demanda en un impreso normatizado que a tal efecto se hallará en el juzgado correspondiente (lo que acredita la no necesidad, en este caso, de abogado ni procurador), tipo de demanda que no será posible cuando el juicio verbal sea procedente por razón de la materia.

El juicio verbal se caracteriza en definitiva porque, aparte de la demanda simple y de la sentencia que son escritas, todas las actuaciones se concentran en un acto oral único, llamado vista. La vista tiene en el juicio verbal el

desarrollo propio de un acto oral, con su elasticidad, pudiendo el juez conceder a las partes la palabra cuantas veces estime conveniente, y en fase probatoria, la LEC se remite a las normas comunes. Practicada, el Juez da por terminada la vista y dicta sentencia en diez días.

Con estas notas creo haber resumido nuestro más reciente sistema judicial español en lo que pueda afectar a problemas derivados de la tenencia de la tierra y obligaciones y responsabilidades conexas con esa tenencia, en un ámbito de Derecho Agrario, en su dimensión de Derecho Privado en cuanto a jurisdicción y tipos de procedimiento.

JOSÉ DAMIÁN TÉLLEZ DE PERALTA
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Almería

Dictamen jurídico sobre el caso English Opening School (crédito al consumo, cesión de créditos y contratos vinculados) (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. OBJETO DEL DICTAMEN. 2. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL: DIVERSIDAD DE SITUACIONES DE LOS ALUMNOS DE OPENING.—II. MODELO 1: CONTRATO DE ENSEÑANZA CON PAGO AL CONTADO: 1. SUPUESTO DE HECHO. 2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL ALUMNO.—III. MODELO 2: CONTRATO DE ENSEÑANZA CON PAGO A PLAZOS: 1. SUPUESTO DE HECHO. 2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL ALUMNO.—IV. MODELO 3: CONTRATO DE ENSEÑANZA CON PAGO A PLAZOS Y POSTERIOR CESION DEL CREDITO A UN TERCERO: 1. SUPUESTO DE HECHO. 2. CESIÓN DE CRÉDITOS A UNA ENTIDAD DE CRÉDITO. EL «CONTRATO DE CESIÓN DE CRÉDITO». 3. PROTECCIÓN DEL ALUMNO EN LA HIPÓTESIS DE CESIÓN DEL CRÉDITO.—V. MODELO 4: CELEBRACION POR EL ALUMNO DE DOS CONTRATOS VINCULADOS (ENSEÑANZA Y PRESTAMO): 1. SUPUESTO DE HECHO. 2. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS SUPUESTOS DE VINCULACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL PRÉSTAMO Y EL CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE UN BIEN O UN SERVICIO. 3. REQUISITOS LEGALES PARA LA EXISTENCIA DE CONTRATOS VINCULADOS. 4. CONTRATOS VINCULADOS «AL MARGEN» DE LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO. 5. LA RESPONSABILIDAD DEL PRESTAMISTA EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE OPENING. 6. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ENSEÑANZA Y POSTERIOR RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO. TRATAMIENTO SUSTANTIVO Y PROCESAL. 7. LA LIQUIDACIÓN DE LOS DOS CONTRATOS TRAS LA RESOLUCIÓN.—CONCLUSIONES.

(*) Este trabajo, que fue finalizado en octubre de 2002, ha sido realizado dentro del Proyecto aprobado por la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, titulado *Las garantías del crédito en las situaciones concursales (en especial, las garantías financieras relativas a los valores anotados en cuenta)* (BJV 2002-00590), que dirige el doctor Angel Carrasco Perera.

I. INTRODUCCION

1. OBJETO DEL DICTAMEN

Este dictamen tiene por objeto determinar cuál es la protección jurídica que tiene el alumno que ha celebrado un contrato de enseñanza con la academia de enseñanza de inglés «Opening English School» (en adelante, Opening). Como es sabido, el grupo CEAC presentó el 29 de julio de este año 2002, en los Juzgados de Barcelona, la solicitud de suspensión de pagos para varias de sus filiales, entre ellas Opening. Esta circunstancia, y el consiguiente cierre de los establecimientos de enseñanza que tiene en toda España, ha colocado a sus alumnos en una difícil situación. Especialmente delicada es la de aquellos que para la realización del curso han obtenido la financiación de una entidad distinta a Opening, en concreto de una entidad de crédito. El cierre de la academia les coloca en un escenario poco satisfactorio, pues no reciben la enseñanza de inglés conforme a lo previsto, y sin embargo siguen estando obligados a restituir el dinero recibido del prestamista en las fechas establecidas.

La magnitud del problema se acrecienta si se tiene en cuenta la implantación que Opening tiene en nuestro país. Según las informaciones que se ofrecen en su página web (www.opening.es), Opening es una de las academias de inglés líder en España, pues posee en torno a 150 centros. También desarrolla sus actividades fuera de nuestro territorio, ya que tiene diez centros en Italia (Brescia, Monza, Lecco, dos en Turín y cinco en Milán), siete en Portugal (Almada, Oporto y cinco en Lisboa) y uno en Polonia (en Varsovia). Según las noticias aparecidas en los medios de comunicación, actualmente son unos 45.000 los alumnos de la academia. De ahí la enorme trascendencia que el tema ha tenido en la opinión pública.

El objeto del presente dictamen es precisar cuáles son los derechos que tiene un alumno de Opening tras el cierre de los centros. En particular, si puede dejar de abonar a la entidad de crédito los pagos que todavía no han vencido, y si existe alguna posibilidad para recuperar las cantidades que ya se han satisfecho.

Una última precisión. La realización de este dictamen se ha llevado a cabo tomando como base los modelos de contratos de Opening que han llegado a mi poder. Unos, procedentes del Servicio de Consumo de las Delegaciones de Sanidad de Albacete. Otros, de amigos y conocidos, alumnos de Opening, que han tenido a bien poner a mi disposición copia de los contratos que celebraron con esta academia. Con ello quiero señalar que es posible que existan otros modelos de contratos utilizados por Opening que, consecuentemente, no pueden ser objeto de análisis por mi parte. En todo caso, no creo que ello pueda afectar a la validez de este dictamen, en la

medida en que en el mismo van a analizarse las distintas modalidades de celebración del contrato con Opening y de financiación por un tercero.

2. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL: DIVERSIDAD DE SITUACIONES DE LOS ALUMNOS DE OPENING

Habida cuenta de los millares de alumnos que en la actualidad tiene Opening, fácilmente puede colegirse que los mecanismos de celebración del contrato de enseñanza y de pago del precio no coinciden en todos los casos. La diversidad de modelos se ajusta, además, a las múltiples posibilidades teóricas de pago del precio. Diversidad que no es arbitraria y que obedece, en muchos casos, al propio desarrollo del mercado crediticio, como consecuencia del aumento de ventas de bienes de consumo. Con la información que obra en mi poder, puede afirmarse que para el abono del pago del precio del curso de enseñanza de Opening se han utilizado los más variados mecanismos de financiación.

Todo alumno que recibe cursos de inglés en Opening ha celebrado con esta entidad un contrato de enseñanza documentado en un impreso cuya rúbrica establece «Contrato de matrícula». En el anverso del documento constan los datos del alumno, los datos del titular (de no ser el alumno), el curso y la forma de pago. En el apartado «Curso» se hace mención a los niveles contratados, a cuáles son esos niveles (que van numerados), la modalidad del curso (normalmente «standard»), el período de realización, indicado en número de meses (se señala el día de comienzo y de finalización), el importe del curso, el descuento que se aplica a esa cifra, y la cantidad total a pagar por el alumno. El apartado «Forma de pago» contiene cuatro informaciones: «Primer pago», «Resto», «Modalidad» y «Otros». En «Primer pago» se señala la cantidad que, en su caso, se abona en ese momento, bien en metálico o bien mediante el pago con tarjeta de crédito. Si no existe desembolso inicial no existe en el documento contractual este apartado. Tras la expresión «Resto» se expresa la cantidad pendiente de pago y los meses en que se va a abonar; o si va a ser financiada por un tercero, se utiliza la fórmula «financiado» a alguna otra semejante. Después de «Modalidad» se incluye en algunos contratos la expresión «contado» (significa que se ha pagado al contado), la alusión a alguna entidad de crédito, o la expresión «Crédito financiado». En otros casos no se incluye mención alguna. Por último, tras el término «Otros», normalmente no se escribe nada, aunque en ocasiones, si el curso es financiado por un tercero prestamista, se añade la expresión «financiado».

En el reverso de la mayoría de los «Contratos de matrícula», y bajo la rúbrica «Cláusulas del contrato», se enumeran hasta un total de diez cláusulas. Se trata de cláusulas prerredactadas, previa y unilateralmente por

Opening. En el anverso del contrato no se hace ninguna mención a la existencia de cláusulas en el reverso. Además, en los contratos que he observado, el reverso no aparece firmado por el alumno. En cuanto al contenido de estas cláusulas, se refieren fundamentalmente a las obligaciones de las partes contratantes. Las que ahora más nos interesan son las siguientes:

- Número 1: «Opening English School se compromete a partir de la fecha de inscripción especificada anteriormente a poner a disposición del alumno y mantener durante todo el período de vigencia, los medios para la realización del curso, motivo del presente contrato».
- Número 2: «En el momento de la firma se hace entrega al alumno de todo el material didáctico del curso contratado que pasa a ser propiedad del alumno».
- Número 3: «Opening English School se compromete a mantener abiertas sus instalaciones en el horario comprendido entre las 8:00 am y 10:00 pm, de lunes a viernes, y sábados de 9:00 am a 2:00 pm (excepto agosto). La empresa se reserva el derecho a modificar excepcionalmente este horario comunicándolo con suficiente antelación».
- Número 4: «El titular del contrato se obliga a satisfacer el importe total del curso de acuerdo con las condiciones establecidas en este contrato. Debido al carácter limitado de las plazas, la falta de asistencia no dará derecho a solicitar devolución alguna».
- Número 5: «Para las fórmulas de pago aplazado, el titular domiciliará los mismos en una cuenta bancaria, cuya autorización firmada se adjuntará al presente contrato».
- Número 8: «El titular tiene derecho a la revocación del consentimiento otorgado en los términos previstos en el certificado de garantía que se acompaña, que forma parte del contenido del presente contrato».

En otros casos, los menos, el reverso del «Contrato de matrícula» es diferente, pues incluye seis «Cláusulas del contrato». Destacan las siguientes:

- Número 1: «Opening English School se compromete a partir de la fecha de inscripción especificada en el contrato a poner a disposición del alumno/a y mantener durante todo el período de vigencia, los medios para la realización del curso, motivo del presente contrato».
- Número 2: «En el momento de asistir a la primera lección se hará entrega al alumno de todo el material didáctico del curso contratado que pasa a ser propiedad del alumno (un libro por nivel contratado)».
- Número 3: «El comprador del contrato se obliga a satisfacer el importe total del curso, de acuerdo con las condiciones establecidas en este contrato. Debido al carácter limitado de las plazas, la falta de asistencia no dará derecho a solicitar devolución alguna».

- Número 4: «Para las fórmulas de pago aplazado y las de pago financiado, el comprador domiciliará los mismos en una cuenta bancaria, cuya autorización firmada se adjuntará al presente contrato».

El contrato de enseñanza al que aludimos es un contrato de prestación de servicios, pero modulado parcialmente por ciertos matices del contrato de compraventa. Y ello porque si bien la obligación principal que asume Opening es la de prestar un servicio (poner a disposición del alumno los medios para la realización del curso, tener abierto el centro de enseñanza durante unas determinadas horas al día, realizar las labores docentes necesarias para el aprendizaje de la lengua inglesa, etc.), también se obliga a entregar un bien, en concreto está obligada a dar al alumno, en el momento de la firma del contrato o de asistir a la primera clase (según el modelo de contrato de enseñanza que se utilice), el material didáctico necesario para poder seguir adecuadamente el curso de inglés.

En cuanto a las formas de abonar el precio, el alumno de Opening dispone de tres posibilidades:

1. El alumno satisface el precio al contado, en el momento de la celebración del contrato de enseñanza. Se celebra un único contrato con pago al contado.
2. Se pacta en el contrato de enseñanza el aplazamiento en el pago, casi siempre por meses. En ocasiones, se realiza un primer pago (desembolso inicial) en el momento de celebrarse el contrato, y es la cantidad restante la que se aplaza. Los pagos futuros deben realizarse a Opening. Puede suceder, sin embargo, que Opening ceda su derecho de crédito frente al alumno a una entidad de crédito, que es quien, como acreedor cesionario, puede reclamar al alumno el pago de los plazos que vayan venciendo. En caso de cesión del crédito, el alumno está obligado a realizar esos pagos futuros a esa entidad de crédito que se los reclama.
3. El alumno celebra dos contratos: uno de enseñanza con Opening, y otro de préstamo con una entidad de crédito. El precio del contrato de enseñanza se paga al contado, con el dinero recibido en préstamo de la entidad de financiación. El alumno queda obligado a devolver el importe del préstamo (más los intereses, si se pactaron) a la entidad de crédito en las condiciones pactadas en el contrato de préstamo (normalmente, por meses).

De los modelos de contratos que han llegado a mi poder, y de la información que he obtenido del Servicio de Consumo de la Delegación Provincial de Sanidad de Albacete, cabe concluir que la inmensa mayoría de los alumnos de Opening financian el precio del curso mediante el segundo procedimiento citado, en su variante de cesión de créditos de Opening a una entidad de crédito (modelo 2). Un porcentaje mínimo de alumnos abonan

todo el precio en el momento de celebrarse el contrato (modelo 1). También existen algunos casos en los que el alumno estipula en realidad dos contratos distintos —préstamo y enseñanza— con dos entidades distintas —prestamista y Opening— (modelo 3).

Se hace preciso, por tanto, llevar a cabo un estudio detenido de cada uno de estos modelos. A estos efectos, dentro del segundo modelo citado, distinguiremos dos supuestos, en función de que Opening ceda o no a un tercero el derecho de crédito que ostenta contra el alumno.

II. MODELO 1: CONTRATO DE ENSEÑANZA CON PAGO AL CONTADO

1. SUPUESTO DE HECHO

El alumno celebra con Opening un contrato de enseñanza con pago al contado. En consecuencia, en el momento de la perfección del contrato abona íntegramente el precio. A estos efectos, es indiferente si el alumno satisface el precio con dinero propio, con el que le presta algún pariente o amigo, o con el capital recibido en concepto de préstamo de una entidad de crédito que no mantiene relaciones de colaboración con Opening. En este último caso se trata de un préstamo que el alumno ha concertado «por su cuenta» y no de un préstamo que haya recibido como consecuencia de la colaboración planificada entre Opening y esa entidad de crédito; por eso hay que entender que los contratos de enseñanza y préstamo no están vinculados (sobre el particular, con más detalle, véase el apartado V.3 y 4).

Ha de tratarse de un alumno que ha pagado todo el precio, y que sin embargo no ha recibido todo el servicio contratado, pues el cierre de Opening se produce antes de que llegue el día contractualmente previsto de finalización del contrato.

2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL ALUMNO

El cierre del local en el que Opening presta sus servicios supone un incumplimiento contractual. En efecto, Opening deja de realizar las prestaciones a que contractualmente está obligada. En concreto, se produce el incumplimiento de las obligaciones de Opening establecidas en las cláusulas del contrato que se refieren a su obligación de poner a disposición del alumno y mantener durante todo el período de vigencia del contrato los medios para la realización del curso, y a la obligación de mantener abiertas sus instalaciones en el horario comprendido entre las 8:00 am y 10:00 pm, de lunes a viernes, y sábados de 9:00 am a 2:00 pm.

Ante el incumplimiento por Opening de sus obligaciones, el alumno, con apoyo en el artículo 1.124 del Código Civil, está autorizado para exigir a la academia, bien el cumplimiento del contrato, bien la resolución. Además, podrá solicitar los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya causado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil.

A) Pretensión de cumplimiento. Habida cuenta de que el alumno todavía sigue teniendo interés en el cumplimiento del contrato por Opening, y que el cumplimiento todavía es objetivamente posible, la primera medida que debe adoptar el alumno es exigir a Opening el cumplimiento (art. 1.124 del Código Civil). Esta reclamación de cumplimiento puede formularse judicial o extrajudicialmente. Al alumno le interesa más realizarla extrajudicialmente, por su menor coste económico, y porque si ante esta reclamación la entidad Opening persiste en su incumplimiento, tiene vía libre para proceder a la resolución. La reclamación extrajudicial se realizará por escrito y de forma fehaciente para que quede constancia (a efectos de prueba) de su realización y de la fecha de la misma. También es aconsejable que quede constancia del contenido de la reclamación, por lo que debe utilizarse un mecanismo de comunicación que acredite esta circunstancia (por eso es preferible utilizar, por ejemplo, el burofax a una carta certificada con acuse de recibo; en esta última puede acreditarse que llegó a su destinatario —o que no llegó—, pero no su contenido). En la reclamación extrajudicial debe darse a Opening un plazo razonable para que cumpla (este plazo puede ser, por ejemplo, de 7 ó 10 días), y debe indicarse asimismo que en caso de que transcurra ese período de tiempo sin que se produzca el cumplimiento, el contrato se dará por resuelto, quedando Opening obligada a restituir la cantidad que corresponda, que dependerá de los meses en que Opening no vaya a prestar sus servicios.

B) Resolución del contrato. Con carácter general, puede afirmarse que tras el incumplimiento del deudor, el acreedor puede reclamar directamente la resolución cuando el cumplimiento posterior no es posible, o aún siendo posible no satisface ya el interés del acreedor. En el caso que nos ocupa, no parece concurrir ninguna de estas circunstancias. Pues el cumplimiento posterior es posible (si la academia abre otra vez sus puertas), y en principio el alumno no ha perdido interés en el cumplimiento, ya que sigue satisfaciéndole la prestación del servicio, aunque sea retrasada, por Opening. Por eso, no parece adecuado que el alumno de Opening solicite, en primer lugar, la resolución, sino el cumplimiento. Ahora bien, si solicitado extrajudicialmente el cumplimiento, Opening hace caso omiso y persiste en su incumplimiento, el alumno podrá resolver el contrato. La resolución puede también llevarse a cabo extrajudicialmente. Como ya se ha señalado, lo más adecuado es que en la propia reclamación de cumplimiento el alumno señale

que en caso de que esa petición sea insatisfactoria, el contrato se dará por resuelto. Si la petición de cumplimiento no hacía mención a la resolución, el alumno, una vez que la reclamación de cumplimiento ha sido desatendida, deberá proceder extrajudicialmente a resolver el contrato, comunicando a Opening que el contrato ha quedado resuelto por incumplimiento suyo.

Con carácter general, la resolución de todo contrato implica la extinción del mismo, con dos tipos de efectos. En primer lugar, efectos liberatorios: las partes contratantes quedan liberadas de las obligaciones pendientes de pago. En segundo lugar, efectos restitutorios: las partes quedan obligadas a restituirse las prestaciones ya ejecutadas. Se afirma, en este sentido, que la resolución tiene efectos retroactivos. De la regla general de la eficacia restitutoria de la resolución se excepcionan los contratos que disciplinan relaciones duraderas, que total o parcialmente se encontraban ya consumadas (1). En esta situación se encuentra el contrato de enseñanza.

En consecuencia, y aplicando lo expuesto al contrato de enseñanza con Opening, con la resolución del contrato se produce la extinción de las obligaciones pendientes de cumplimiento. Por lo tanto, Opening ya no está obligada a seguir cumpliendo las obligaciones asumidas en el contrato. En cuanto a los efectos restitutorios, éstos no se producen en relación a los servicios adecuadamente prestados por Opening y disfrutados por el alumno. Eso significa que Opening puede retener del precio pagado la cantidad proporcional al tiempo en que cumplió adecuadamente el contrato, y deberá restituir el importe proporcional al tiempo en que deja de cumplir su obligación. Pongamos un ejemplo. Imaginemos que el precio del curso es de 1.000 euros, que el alumno paga al contado, pactándose que la duración del curso será de diez meses. Si el cierre de Opening se produce cuando ya han transcurrido ocho meses, y el alumno resuelve el contrato, no podrá reclamar a Opening la devolución de los 1.000 euros, sino sólo de 200. Los 800 euros restantes se entiende que constituyen la contraprestación de los ocho meses en que sí se prestaron los servicios por la academia. La solución posiblemente sería diferente si el curso de enseñanza condujera a la obtención de un título oficial; pues en tal caso el interés del alumno queda totalmente insatisfecho si no se concluye adecuadamente el curso y se obtiene el referido título. Pero no es esta la hipótesis que nos ocupa.

Conforme a lo expuesto, tras la resolución del contrato, el alumno tiene un derecho de crédito frente a Opening cuyo importe es la cantidad correspondiente a los meses de servicios no prestados. Esta reclamación de cantidad puede formularse extrajudicialmente (lo adecuado es que ya se contenga en el primitivo requerimiento extrajudicial de cumplimiento, o en su caso,

(1) L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, Civitas, 1993, pág. 724.

en la comunicación extrajudicial por la que se declara resuelto el contrato). Si no es satisfecha por Opening, el alumno tiene vía libre para acudir a los tribunales e interponer una demanda de reclamación de cantidad.

Conviene analizar ahora en qué medida la suspensión de pagos de Opening puede afectar a esta demanda judicial del alumno. Hasta donde alcanza mi conocimiento, lo único que ha hecho el juzgado encargado de tramitar esta solicitud ha sido dictar providencia de admisión a trámite, en los términos previstos en el artículo 4 I de la Ley de Suspensión de Pagos (en adelante, LSP), una vez acreditada la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos. Que yo sepa, todavía no se ha dictado el auto declarativo del estado en suspensión de pagos.

No hay inconveniente en que el alumno solicite a Opening la devolución de la parte del precio a que tiene derecho, una vez dictada providencia de admisión a trámite. Opening puede realizar ese pago, siendo necesaria para ello la aprobación de los interventores (art. 6.I.2.º LSP). De todos modos, lo normal será que la reclamación de pago no sea atendida. Si es así, tampoco hay obstáculo alguno que impida al alumno acudir a los tribunales, e interponer una demanda contra Opening (reclamando la devolución de parte del precio tras la resolución del contrato), que se tramitará por el juicio declarativo que corresponda. El artículo 9 IV LSP dispone que los juicios ordinarios que se hallen en curso al declararse la suspensión de pagos seguirán su tramitación hasta la sentencia, cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente. Como este precepto no lo prohíbe, pueden interponerse demanda contra Opening tras la providencia de admisión a trámite. Ahora bien, como se trata de un juicio ordinario (declarativo), no podrá ejecutarse la sentencia obtenida en el mismo. La jurisprudencia incluso ha admitido la iniciación de procesos declarativos contra el suspenso incluso después de dictarse el auto de declaración de la suspensión de pagos (2). En cualquier caso, no es aconsejable que el alumno interponga una demanda contra Opening reclamando la devolución de parte del precio, no sólo por el coste económico que ello puede suponer para el mismo, sino porque la sentencia con que concluya el proceso declarativo no podrá ser ejecutada (quedará en suspenso hasta que no se termine el expediente).

Lo que sí debe hacer el alumno es solicitar su inclusión en la lista de acreedores, caso de que no conste en la misma. Según la normativa vigente, el empresario insolvente que se somete a la suspensión de pagos debe presentar también al juzgado una relación de acreedores, indicando sus domicilios y la cuantía, procedencia, y fecha de sus respectivos créditos y de sus vencimientos (art. 2.I.2.º LSP). Los interventores, en su informe, se pronunciarán sobre

(2) SSTs de 9 de mayo de 1985 (RJ 1985, 1686); 11 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 545).

la corrección o no de esta relación, elaborando, si fuera necesaria, otra nueva, una vez examinada la contabilidad del deudor y advertida la procedencia de partidas del activo y pasivo del balance presentado (art. 8.I.1.º LSP). Sobre la base de esta lista de acreedores se convocará a los mismos a la Junta de Acreedores para la aprobación del convenio. Los acreedores del suspenso que conozcan del auto declarando el estado legal del deudor en suspensión de pagos —ya sea por la convocatoria recibida para asistir a la junta, ya sea por cualquier otro medio—, podrán personarse en la secretaría del juzgado para conocer sobre la inclusión de su crédito y los de los restantes acreedores. A la vista de este reconocimiento, el artículo 11 I LSP les confiere, hasta los quince días antes del señalado para la junta, entre otras facultades, la de solicitar la inclusión en la lista de acreedores, si hubieran sido omitidos por el deudor, o el aumento de la cuantía de su crédito.

La inclusión del alumno en la lista de acreedores de Opening implica que tendrá que ser citado, junto con el resto de los acreedores, a la celebración de la Junta de Acreedores en la que, con la presencia del deudor suspenso, se deliberará sobre la propuesta de convenio que debe ser aprobado. El alumno de Opening no es un acreedor con derecho de abstención. Son acreedores con derecho de abstención aquellos a los que se les reconoce el derecho de abstenerse de participar en la formación del convenio, y en tal caso su crédito queda al margen de la suspensión de pagos y de lo acordado en el convenio, por lo que no les afecta lo que en el mismo se acuerde. El alumno de Opening, acreedor de esta entidad, sí queda sometido al convenio. El contenido de este convenio puede ser muy variado: remisorio (si se acuerda una quita o reducción del importe de los créditos), dilatorio (cuando se concede un aplazamiento en la exigibilidad de los créditos), liquidatorio (cuando el deudor Opening cede todos o parte de sus bienes para pago o en pago de sus deudas) o mixto (si se combinan los anteriores contenidos). Conviene destacar de nuevo que el alumno de Opening ha de estar a lo que se acuerde en el convenio.

III. MODELO 2: CONTRATO DE ENSEÑANZA CON PAGO A PLAZOS

1. SUPUESTO DE HECHO

El alumno celebra con Opening el contrato de enseñanza utilizando el modelo «contrato de matrícula» que ya conocemos. Se pacta que todo o parte del precio del curso se abonará en plazos mensuales (que pueden oscilar entre los 16 y los 48, según los casos). En ocasiones, en el momento de la perfección del contrato se entrega un primer pago (desembolso inicial), que se abona en metálico o mediante tarjeta de crédito, aplazándose el resto

del precio. Se acuerda que los pagos mensuales aplazados se abonarán en metálico o mediante domiciliación bancaria (esto último es lo más común). Es habitual que Opening haga firmar al alumno un documento que se denomina «Contrato de cesión de crédito», mediante el cual la empresa informa al alumno de su intención de ceder los créditos pendientes de pago a una entidad de crédito. Si efectivamente se produce la cesión de créditos, y es esa entidad de crédito la que nos reclama el pago de los plazos que vayan venciendo, estaremos en el Modelo 3, que será objeto de análisis más adelante (apartado IV). Ahora nos detendremos en la hipótesis siguiente: contrato de matrícula con Opening en que se pacta el aplazamiento en el pago, y es la misma entidad Opening la que nos reclama los pagos que van venciendo. Se trata de un caso de aplazamiento en el pago sin cesión de crédito (con independencia de que el alumno haya firmado el «contrato de cesión de crédito»).

2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL ALUMNO

Hay que plantearse, en primer lugar, si va a ser de aplicación algún tipo de normativa específica reguladora de los contratos de crédito con consumidores o de contratos con aplazamiento en el pago. No se aplica la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, LVPBM), pues como su propio nombre indica, esta ley regula los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables; y el contrato que estipulan Opening y sus alumnos es un contrato de prestación de servicios y no de venta a plazos.

En la mayoría de los casos analizados tampoco va a resultar de aplicación la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (en adelante, LCC). La operación que se analiza cae dentro del ámbito de aplicación objetivo de la Ley, pues ésta se aplica a los contratos en que un empresario concede un crédito a un consumidor «bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación» (art. 1.1 LCC). Opening pacta con sus alumnos que el precio se pagará a plazos, por lo que concurre el precepto citado. También se dan los presupuestos subjetivos de aplicación de la Ley 7/1995, pues quien concede el aplazamiento en el pago es una persona que lo hace en el ejercicio de su actividad, y la otra parte contratante es un consumidor, definido por la Ley como la persona física que actúa en esa relación jurídica para satisfacer una necesidad personal y no empresarial o profesional (art. 1.1 y 2 LCC).

Sin embargo, la mayoría de los contratos de enseñanza de Opening que he analizado están excluidos de la aplicación de la LCC. Y ello porque concurre uno de los supuestos de exclusión enumerados en el artículo 2

LCC. En efecto, en muchos casos el aplazamiento en el pago se hace sin cobrar intereses ni comisión alguna. Se trata, por tanto, de un «crédito gratuito», excluido del ámbito de aplicación de la LCC por el artículo 2.1.d). Podría argumentarse que Opening sí cobra intereses, pero que los «encubre» en el precio total del contrato. Si llegara a probarse tal circunstancia, se trataría indudablemente de un contrato sometido a la LCC (el encubrimiento sería un fraude, en la medida en que trataría de evitar la aplicación de la LCC). Sin embargo, no encuentro razones que apoyen esta interpretación. No existe ningún dato en el contrato de enseñanza del que puede deducirse que los intereses, previamente calculados, se han añadido al capital, conformando así el precio.

En todo caso, la aplicación de la Ley de Crédito al Consumo es intrascendente a los efectos que ahora nos ocupan.

Los derechos de que dispone el alumno en esta hipótesis son los siguientes:

A) Pretensión de cumplimiento. Ante el cierre del establecimiento en el que Opening presta sus servicios, lo primero que puede hacer el alumno es solicitar el cumplimiento. Me remito a lo que sobre el particular se ha indicado al explicar el Modelo 1: la reclamación ha de hacerse de forma fehaciente, debe darse en ella un plazo razonable para que el deudor (Opening) cumpla, y debe indicarse que, en caso de ser desatendida, se dará por resuelto el contrato, debiendo Opening restituir las cantidades que conforme a derecho corresponden.

B) Resolución del contrato. Valga aquí también lo dicho en relación al Modelo 1. La resolución puede (debe) hacerse extrajudicialmente, y lo más adecuado es que se realice en el mismo escrito en que se solicita el cumplimiento. La resolución tiene efectos liberatorios, por lo que los contratantes quedan liberados de sus obligaciones futuras. En consecuencia, Opening deja de estar obligada a prestar los servicios derivados del contrato de enseñanza, y el alumno ya no está obligado a pagar más plazos mensuales. La desaparición de esta obligación significa que, si posteriormente Opening reclama el pago de un plazo al alumno, éste está autorizado para no abonarlo (pues el contrato del que deriva esa obligación de pago se ha extinguido).

La resolución puede carecer de efectos restitutorios. Así sucede cuando, no existiendo desembolso inicial, coinciden el número de plazos mensuales en que se va a pagar el precio y el número de meses en que se presta el servicio por la academia de inglés. Imaginemos que en ambos casos el número de meses es veinte. Si el cierre de Opening y la resolución del contrato se produce cuando han transcurrido ya catorce meses, no hay efectos restitutorios. Pues las catorce mensualidades pagadas son la contraprestación a los catorce meses en que se prestó el servicio por Opening.

En otros casos sí puede tener la resolución efectos restitutorios. De conformidad con lo ya expuesto, el alumno no puede solicitar la restitución de todos los plazos ya abonados, sino sólo de aquellas cantidades que se correspondan con servicios no prestados. Veamos un ejemplo. Las condiciones de un contrato de enseñanza con Opening son las siguientes: el precio es de 1.000 euros, quedando obligado a pagarlo en diez plazos mensuales de 100 euros cada uno; los servicios de enseñanza se prestan durante veinte meses. Si Opening cierra sus locales cuando han transcurrido ocho meses, y el alumno ejercita y obtiene la resolución, resulta que hasta ese momento ha pagado el 80 por 100 del precio, pero sólo ha disfrutado del 40 por 100 del curso. Por lo tanto, tiene derecho a obtener la devolución de parte del precio satisfecho en proporción a la prestación de servicios no recibida. En este caso, podría reclamar a Opening la devolución de 400 euros (quedándose así la empresa con otros 400 euros, que suman el 40 por 100 del precio total). Esta reclamación de restitución de cantidad (tras la resolución del contrato) se tramita, para el caso de suspensión de pagos de Opening, en los términos en que ya se ha expuesto *supra* (véase Modelo 1).

C) Derecho a suspender el pago del precio (excepción de incumplimiento). Tras el incumplimiento de Opening, el alumno tiene también derecho a suspender el pago de los plazos que vayan venciendo en el futuro. Si la reclamación de cumplimiento de Opening se realiza extrajudicialmente, el alumno podrá, sin más, suspender el pago del plazo reclamado; si se realiza judicialmente, el alumno opondrá la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*). El Código Civil no contempla expresamente este medio de defensa, pero su admisibilidad en nuestro derecho resulta claramente de lo dispuesto en los artículos 1.100, último párrafo, y 1.124 del Código Civil, y ha sido sancionada por reiterada jurisprudencia. En este sentido, la STS de 27 de diciembre de 1993 afirma que en las obligaciones recíprocas, «y por la dinámica del sinalagma funcional, la parte que no ha cumplido la obligación que a ella le incumbe y le es exigible, no puede pretender que la otra cumpla la suya»; y si lo hiciera, «ésta siempre podrá oponerse a ello, alegando la excepción de contrato no cumplido».

Los requisitos para la viabilidad de la excepción de incumplimiento son los siguientes: 1) Que entre las partes del contrato haya una relación obligatoria sinalagmática o bilateral; este requisito se cumple en el supuesto que nos ocupa; 2) Falta de cumplimiento de la parte a la que se opone; también se satisface en el caso de Opening, pues la empresa que reclama el pago ha incumplido previamente; 3) Que el uso de la facultad de suspender el pago del precio no sea contraria a la buena fe. Lo que exige, por una parte, que la persona que pretende suspender el pago comunique antes al otro contratante su intención de hacerlo; y por otra, que exista proporcionalidad entre

la cantidad cuyo pago se suspende y el incumplimiento de la otra parte. También este tercer requisito se cumple satisfactoriamente, siempre que el alumno notifique a Opening su intención de suspender el pago.

En cuanto a los efectos de la excepción, se trata de un medio de defensa que detiene o paraliza la pretensión de cumplimiento del adversario —fuera o dentro del proceso— hasta que éste no cumpla con su propio deber de prestación. Si la reclamación de pago es judicial, y el juez estima la excepción, procederá a desestimar la demanda. Pero ello no provoca una extinción del vínculo contractual entre las partes. Lo único que sucede es que se suspende la obligación de cumplimiento del *excipiens* (el alumno) hasta que el otro contratante (Opening) cumpla.

En conclusión, ante el incumplimiento de Opening, el alumno podrá suspender el pago de los plazos aún no vencidos. Pero para ello es necesario que antes comunique a Opening su intención de suspender. No existe inconveniente alguno en que dicha comunicación se contenga en el documento en que se requiere a Opening de forma fehaciente el cumplimiento del contrato.

IV. MODELO 3: CONTRATO DE ENSEÑANZA CON PAGO A PLAZOS Y POSTERIOR CESION DEL CREDITO A UNA ENTIDAD DE CREDITO

1. SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho coincide con el diseñado en el Modelo 2, con la diferencia de que ahora el acreedor (Opening) cede su derecho de crédito a un tercero (una entidad de crédito), por lo que es esta última entidad la que reclama el pago al alumno de los plazos que van venciendo. Se trata de la modalidad de financiación indirecta, en la que, por un lado, el alumno contrata tan sólo con Opening, que le concede un aplazamiento en el pago del precio; y por otro, Opening cede ese crédito a una entidad de crédito, que es quien en definitiva va a financiar la operación. Téngase en cuenta que, a menos que el empresario (Opening) disponga de capacidad suficiente para autofinanciarse, ha de recapitalizarse, apelando a las instituciones financieras, a las que cede los créditos que para él nacen de los contratos que celebra con los consumidores. Además, lo normal es que ese empresario tenga concertada una línea de crédito con alguna entidad financiera; línea que puede estar específicamente prevista para la cesión de este tipo de créditos. También puede suceder que esa entidad financiera ceda, a su vez, tales créditos a otra, para su refinanciación, pudiendo existir también entre estas dos entidades acuerdos de los que resulte una cooperación pla-

nificada para la realización de tales operaciones, del mismo modo que podría haberlos entre el proveedor y la primera entidad financiera.

Por lo tanto, el alumno celebra un único contrato: el de enseñanza con Opening. Se pacta el aplazamiento total o parcial del pago, y el derecho de Opening a cobrar esos pagos aplazados es cedido a un tercero. Como ya se ha indicado con anterioridad, lo normal es que Opening no cobre interés alguno por el aplazamiento del pago (al menos así se deduce de los modelos que han llegado a mi poder).

La hipótesis que ahora analizamos constituye, de largo, la modalidad de contratación más usual de Opening.

La cesión de créditos se funda en un «Contrato de cesión de crédito» que Opening presenta a la firma del alumno en el momento de la celebración del «Contrato de matrícula». Las características de este contrato de cesión de crédito son las siguientes. En el anverso se ha de rellenar, de arriba abajo, la información relativa a «datos personales», «datos a cumplimentar por el asesor», «datos profesionales» y «orden de domiciliación bancaria». Al final del anverso se estampa la firma de los contratantes (Opening y alumno).

En el reverso, y bajo la rúbrica de «Cláusulas», se contiene cinco cláusulas, de contenido variado. Por su interés, se reproduce a continuación el texto de algunas de ellas:

- Cláusula primera: «La EMPRESA informa al cliente, que acepta y autoriza, de su intención de ceder a una de las siguientes entidades financieras [y cita hasta cuatro entidades] (en adelante, ENTIDAD FINANCIERA), el derecho de crédito sin recurso resultante del precio del mencionado curso. Dicha entidad asume el riesgo de crédito y se subroga en los derechos de cobro de la EMPRESA frente al comprador/alumno y éste queda obligado frente a la ENTIDAD FINANCIERA al reembolso de la deuda derivada de la adquisición/servicio indicado».
- Cláusula segunda: «Para el cumplimiento de dicha obligación, la ENTIDAD FINANCIERA cargará el correspondiente importe mediante recibos mensuales sucesivos, domiciliados en la cuenta designada por el comprador/alumno, dándose el cliente por notificado, a todos los efectos, de que la cesión se ha producido con el primer recibo emitido por la ENTIDAD FINANCIERA, correspondiente a cualquiera de las cuotas del crédito».

La Cláusula tercera autoriza a la entidad financiera a declarar el vencimiento anticipado del contrato cuando concurren determinadas circunstancias (incumplimiento del alumno, cancelación de la cuenta corriente en que están domiciliados los recibos, etc.). La Cláusula cuarta contiene la aceptación del alumno a la cesión de sus datos, y en la quinta se incluye el

sometimiento de las partes a los tribunales de Madrid o a los que conforme a derecho proceda para el caso de controversia judicial.

2. CESIÓN DE CRÉDITOS A UNA ENTIDAD DE CRÉDITO.

EL «CONTRATO DE CESIÓN DE CRÉDITO»

Antes de analizar los derechos que en esta hipótesis contractual tiene un alumno de Opening, es preciso exponer brevemente cuál es el régimen de la cesión de créditos en derecho español. La cesión de créditos es aquella operación por la que se transmite el derecho de crédito de una persona a otra. Puede tener su origen en un acuerdo entre dos personas. En este caso, se trata del acuerdo de voluntades según el cual el antiguo acreedor (cedente) transmite su crédito a un nuevo acreedor (cesionario), quien se subroga o subentra en la posición jurídica del primitivo acreedor. El Código Civil regula la cesión de créditos en los artículos 1.526 y siguientes, como una especie de la compraventa, lo cual constituye un error, pues el negocio causal del que deriva la cesión de créditos puede ser una compraventa o cualquier otro (la transmisión de un crédito puede realizarse mediante una compraventa, una permuta, donación, dación en pago, etc.).

En el caso que analizamos, el cedente es Opening, el nuevo acreedor cesionario es la entidad de crédito a quien Opening se lo cede. El deudor cedido es el alumno.

Conviene advertir que el contrato de cesión de crédito (normalmente una compraventa, pero puede ser otro) requiere el consentimiento de las dos partes que lo celebran: el cedente (Opening) y el cesionario (entidad de crédito). El acuerdo de cesión produce la inmediata transmisión del crédito cedido, sin que sea preciso un acto especial de entrega. Por otra parte, ni el conocimiento por el deudor (el alumno) de la cesión ni el consentimiento de la misma son precisos para la validez y eficacia de la cesión de créditos. El conocimiento es trascendente en la medida en que el pago realizado por el deudor que desconoce la cesión a quien ya no es su acreedor (al cedente), le libera (art. 1.527 del Código Civil). El consentimiento de la cesión tiene relevancia porque, si la consintió, el deudor no podrá oponer al acreedor cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente (art. 1.198 I, del Código Civil).

Siendo así las cosas, sorprende que al alumno se le presente para la firma un «Contrato de cesión de crédito». Como se ha señalado, en el contrato de cesión de crédito sólo son partes el cedente (Opening) y el cesionario (entidad de crédito). El alumno no es parte de ese contrato, por lo que no debe consentir la cesión, ni es necesario siquiera que se le informe o tenga conocimiento de ella. En consecuencia, con la firma de ese documento

(«Contrato de cesión de crédito») no se produce la cesión del crédito de Opening a la entidad financiera. Para ello es indispensable un acuerdo de voluntades entre Opening y dicha entidad bancaria. Lo único que hace Opening en el «Contrato de cesión de crédito» es informar al alumno que ella tiene la intención de ceder sus créditos. Así se establece expresamente, además, en la cláusula primera del contrato: «La empresa informa al cliente... de su intención de ceder a alguna de las siguientes entidades financieras... el derecho de crédito». Lo que sucede, en definitiva, es que este documento que firman Opening y el alumno no es un contrato de cesión de crédito; por lo tanto, la rúbrica es inexacta. Se trata más bien de una cláusula contractual, que forma parte del propio contrato de enseñanza, en la que Opening informa al alumno de su intención de ceder el crédito. Cláusula que en esta medida es innecesaria, pues la regla general en el Derecho español es que todas las obligaciones son transmisibles si no se ha pactado lo contrario (art. 1.112 del Código Civil). Por eso, Opening podría ceder igualmente el crédito a alguna de esas entidades de crédito, aunque el alumno no hubiera firmado el «Contrato de cesión de crédito». Y por la misma razón Opening podrá ceder su crédito a un tercero diferente a los citados en la cláusula primera.

En conclusión, el documento denominado «Contrato de cesión de crédito» no constituye un contrato de cesión de crédito. En el mismo, y de conformidad con su cláusula primera, Opening y el alumno pactan que aquélla podrá ceder su crédito a una entidad financiera de las ahí citadas.

Una vez producida la cesión, el conocimiento de la misma, a los efectos previstos en el artículo 1.527 del Código Civil, se producirá como muy tarde (el deudor pudo conocerlo antes por otra vía) mediante el recibo mensual domiciliado que el acreedor cesionario (entidad de crédito) remita al deudor (alumno) [Cláusula segunda del «Contrato de cesión de crédito»].

Una cuestión problemática es si la «aceptación» y «autorización» que el alumno hace (en la cláusula primera) a la intención de Opening de ceder el crédito significa que las partes consienten en que Opening puede ceder el crédito, o supone más bien que el alumno consiente la cesión de crédito todavía no realizada por Opening. La interpretación no es irrelevante, pues de acogernos a esta segunda interpretación, el alumno lo que está haciendo es excluir *a priori* la posibilidad de oponer al futuro cesionario la excepción de compensación que tendría contra el cedente Opening (arg. art. 1.198 I del Código Civil).

Si se entiende que la interpretación que debe acogerse de esa cláusula es la segunda, procede resolver la siguiente cuestión: ¿puede el deudor prestar su consentimiento a la cesión antes de que tenga lugar la cesión? La respuesta es muy problemática. Pero con independencia de la respuesta que se dé a este interrogante, en el caso que analizamos el consentimiento anticipado a la cesión del crédito se contiene en las condiciones generales

del contrato. Y ello tiene gran trascendencia, pues esa cláusula, o no supera el control de incorporación (y por tanto se tiene por no puesta), o no supera el control de contenido (y se reputa abusiva, y en consecuencia, nula). Paso a exponer brevemente en qué consisten estos dos controles, y por qué la cláusula en cuestión debe ser reputada nula.

Para que una cláusula estipulada en las condiciones generales de un contrato con consumidores sea válida, y produzca efectos, debe superar dos controles: un primer control de incorporación (o de inclusión), y un segundo control de contenido:

- a) El primer control que frente a las mismas se dispone es el conocido como control de inclusión o incorporación, que tiene por objeto el asegurarse de que el adherente (consumidor) ha tenido, al menos, la posibilidad de conocer y comprender las cláusulas predispuestas. Es preciso, por tanto, que las cláusulas sean comprensibles y accesibles. El requisito de la comprensibilidad se cumple cuando están redactadas de modo concreto, claro y sencillo, con posibilidad de comprensión directa [art. 10.1.a), Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU), y art. 5.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC)]. Se exige también que resulten materialmente accesibles para el adherente, de manera que éste pueda conocer su contenido previa o simultáneamente a la perfección del contrato [arts. 10.1.a) LCU y 5.1 y 7.a) LCGC]. Si el contrato se redacta por escrito, y las condiciones generales están en el reverso del contrato, la doctrina ha entendido que las cláusulas se consideran accesibles si en el anverso, justo encima de la firma del adherente, existe una referencia expresa a la existencia de las cláusulas y su ubicación (3).

En el caso que analizamos no se cumple el requisito de la accesibilidad. En el anverso del «Contrato de cesión de crédito», justo encima de la firma del alumno, se dice: «He leído y acepto las condiciones del contrato de cesión de crédito, y designo como cuenta de domiciliación bancaria la señalada en este documento». Pero ni hace referencia expresa a la existencia de condiciones generales, ni indica que éstas se encuentran en el reverso. En consecuencia, hay

(3) J. PAGADOR LÓPEZ, «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negativas», en U. NIETO CAROL (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 252; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al artículo 5», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, Aranzadi, 2000, pág. 154.

que estimar que las «Cláusulas» del reverso del «Contrato de cesión de crédito» (entre ellas, la cláusula primera, que es la que ahora nos interesa) no superan el control de incorporación, por lo que no quedan incorporadas al contrato.

- b) Pero es que aunque superaran el control de incorporación, tampoco superarían el control de contenido. El control de contenido tiene por objeto el examen de la adecuación sustantiva a Derecho de las condiciones generales y cláusulas predispuestas incorporadas al contrato. Una cláusula que no supera el control de contenido se califica como cláusula abusiva. Según el párrafo primero del artículo 10.bis.1 LCU, «se considerarán cláusulas abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». En todo caso, se considerarán abusivas las cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional 1.^a LCU. El de cláusula abusiva es un concepto jurídico indeterminado, que remite a dos criterios para su concreción: la buena fe y el justo equilibrio contractual. Habrá que analizar, caso por caso, si una determinada cláusula es abusiva. A mi juicio, la cláusula en la que el alumno consiente anticipadamente la cesión futura de un crédito no supera el control de contenido, por lo que es abusiva. Y ello porque provoca un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, pues implica la pérdida de la excepción de compensación, oponible sin tal cláusula, frente al cesionario, como resulta de una norma de derecho dispositivo —la que resulta del art. 1.198 I *a contrario*— (4). Resulta, además, que esa cláusula podría caer bajo alguna de las cláusulas que, según la Disposición Adicional 1.^a LCU, se consideran abusivas «en todo caso». Por ejemplo, se considera abusiva en todo caso la cláusula que suponga la «privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos» [Disposición Adicional 1.^a, núm. 11 LCU].

En conclusión, si la cláusula primera del «Contrato de cesión de crédito» significa que el alumno consiente anticipadamente la cesión futura de un crédito, esa cláusula se reputará nula, por no superar el control de incorporación (ni el control de contenido) establecido en la normativa sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas predispuestas en contratos celebrados con consumidores. Ahora bien, una vez notificada al deudor

(4) J. GAVIDIA SÁNCHEZ, *El crédito al consumo (Cesión y contratos vinculados)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 30 y 43.

(alumno) la cesión (normalmente, mediante el primer recibo que le remite la entidad financiera), si éste no se opone a la misma, se entiende que la consiente, por lo que no podrá oponer al cesionario la excepción de compensación que le correspondería contra el cedente, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.198 I del Código Civil.

3. PROTECCIÓN DEL ALUMNO EN LA HIPÓTESIS DE CESIÓN DEL CRÉDITO

Corresponde analizar ahora los derechos de que dispone el alumno de Opening en el caso de que la academia de enseñanza haya cedido sus créditos a una entidad de crédito, estando ya Opening en situación de suspensión de pagos.

En materia de cesión de créditos rige en el Derecho español el principio de no empeoramiento de la situación del deudor cedido (5). Este principio es la contrapartida por no ser necesario el consentimiento del deudor para que se produzca la transmisión del crédito, como efecto de la cesión. Si puede cederse el crédito a un tercero sin consentimiento del deudor, es razonable que esa cesión no perjudique al deudor cedido. En consecuencia, el deudor podrá hacer valer frente al cesionario (entidad de crédito) todo aquello que podría haber hecho valer frente al cedente (Opening), de haber seguido siendo éste su acreedor. El consentimiento de la cesión por parte del deudor sólo tiene una consecuencia: perderá la excepción de compensación del crédito cedido con otro que pudiera tener contra el cedente (arg. art. 1.198 I del Código Civil). No cabe sostener, por tanto, que el deudor que consiente la cesión está renunciando a sus derechos contra el cesionario, ejercitables por vía de acción o excepción. Para ello es preciso que renuncie expresamente a ellas; renuncia que además no podrá producirse en las condiciones generales de los contratos, pues se considerará abusiva, y por tanto, nula (Disposición Adicional 1.^a, núm. 11 LCU).

En el caso que analizamos, lo habitual es que el alumno haya consentido la cesión, no porque así lo haga en las condiciones generales del contrato (pues la cláusula primera no supera el control de incorporación, ni tampoco el control de contenido), sino porque tras tener conocimiento de la misma, no se opone a ella. En consecuencia, podrá oponer a la entidad de crédito cesionaria todas las excepciones que tendría contra el cedente (Opening), salvo la excepción de compensación.

Ante el incumplimiento de Opening, el alumno va a tener los mismos derechos que si no se hubiera producido la cesión de crédito a una entidad

(5) F. PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», en *ADC*, 1998, IV, pág. 1116; J. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pág. 222.

bancaria. Eso significa que podrá ejercitar, al igual que en el Modelo 2, la pretensión de cumplimiento y la acción resolutoria, y que a la reclamación de pago formulada por la entidad bancaria podrá oponer su derecho a suspender el pago de los plazos (excepción de incumplimiento). Veamos cada una de ellas por separado.

A) La pretensión de cumplimiento habrá de formularse frente a Opening, que es el acreedor originario del contrato. Pues es Opening con quien el alumno contrató, y por tanto, quien está obligado a realizar la prestación pactada: prestar los servicios derivados del contrato de enseñanza. Adviértase que la cesión de créditos implica una transmisión de la posición activa de la obligación: se transmite la posición de acreedor de un sujeto (Opening) a otro (entidad de crédito). Pero la posición pasiva de la obligación se mantiene incólume. Por lo tanto, frente al alumno el obligado al cumplimiento sigue siendo Opening, y es a esta entidad a quien hay que exigir el cumplimiento. En consecuencia, no creo que sea preciso formular la pretensión de cumplimiento ante la entidad de crédito cesionario; ni siquiera parece necesario comunicar a la entidad de crédito que se ha requerido a Opening el cumplimiento. Como ya se ha indicado, lo más adecuado es que la reclamación de cumplimiento se haga de forma fehaciente.

B) El alumno puede también resolver el contrato de enseñanza en los términos que ya se ha visto para el Modelo 2. La resolución puede (debe) hacerse extrajudicialmente, y lo más conveniente es que se realice en el mismo escrito en que se solicita el cumplimiento. La resolución tiene efectos liberatorios, por lo que los contratantes quedan liberados de sus obligaciones futuras (el alumno ya no está obligado a pagar más plazos mensuales, y Opening deja de estar obligada a prestar los servicios derivados del contrato de enseñanza). Por eso, si la entidad de crédito cesionaria reclama el pago de algún plazo al alumno, éste podrá oponerle la resolución del contrato de enseñanza: como el contrato se ha resuelto, se han extinguido las obligaciones que de él nacían; entre ellas, la obligación de realizar pagos mensuales.

La resolución puede producir, además, efectos restitutorios, siempre que el precio pagado hasta ese momento sea mayor que la parte del contrato de enseñanza ejecutada satisfactoriamente. En tal caso, el alumno tiene derecho a recuperar la parte del precio pagada por servicios que no han sido prestados (véase lo dicho sobre el particular al hilo del estudio del Modelo 2).

En sede de resolución se plantean dos cuestiones a las que hay que dar una respuesta. La primera es dilucidar si la resolución extrajudicial debe realizarse frente al acreedor cedente (Opening) o también frente al cesionario (entidad de crédito). Es evidente que la resolución afecta al cesionario, pues la extinción de las obligaciones que ésta lleva consigo implica que el cesionario ya no tiene derecho a exigir al alumno los pagos mensuales. Pero

ello no supedita la validez de la resolución extrajudicial a que ésta se realice también frente al cesionario. Basta con que la comunicación de resolución extrajudicial tenga como destinatario al acreedor original (Opening). Otra cosa es que sea aconsejable que el alumno informe al acreedor cesionario, si lo conoce, de la resolución. Así el cesionario tendrá conocimiento de la resolución del contrato de enseñanza y de la consiguiente extinción de las obligaciones que de él derivan.

La segunda cuestión versa sobre quién (cedente o cesionario) es el legitimado pasivo de la obligación de restitución de parte del precio pagado que puede surgir tras la resolución del contrato. ¿Puede el alumno exigir la devolución de parte del precio sólo a Opening, o también cabe formular esta reclamación de restitución a la entidad bancaria? La respuesta es especialmente importante en la hipótesis que analizamos, pues la suspensión de pagos de Opening hace inviable la reclamación frente a ella. Podría pensarse que como el alumno ha abonado los plazos mensuales a la entidad de crédito, es a esta entidad (cesionaria) a quien debe solicitar la devolución de parte del precio. Esta interpretación no puede sostenerse. Por una parte, porque el acreedor cesionario es sólo «acreedor», y no asume en ningún caso la posición de deudor del alumno. Por otra, porque eso significaría que el deudor cedido tiene más protección que un deudor no cedido, pues aquél puede exigir la restitución de la prestación a una persona distinta de aquélla con la que contrato. Dos alumnos de Opening serían tratados en la resolución de manera desigual (y sin motivo), por el simple hecho de que en un caso hubo cesión del crédito a un banco, y en el otro no. En consecuencia, si tras la resolución del contrato de enseñanza el alumno tiene derecho a recuperar parte del precio pagado, esta reclamación sólo la puede formular contra Opening (el acreedor cedente) (6). Al estar Opening en suspensión de pagos, esta reclamación de restitución de cantidad se tramitará conforme se ha expuesto *supra* (véase Modelo 1).

C) El alumno va a poder también ejercitar la excepción de incumplimiento. De este modo, la reclamación extrajudicial o judicial de pago que le formule el acreedor cesionario (entidad de crédito) quedará paralizada ante el derecho del alumno a suspender el pago de los plazos. Que el deudor puede oponer la excepción de incumplimiento al cesionario es unánimemente admitido por la doctrina (7). Va a poder oponer esta excepción del mismo modo que podría emplearla si no se hubiera producido la cesión del crédito. Pueden aquí reproducirse las reflexiones realizadas en el Mode-

(6) J. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos*, cit., pág. 225; F. PANTALEÓN PRIETO, *Cesión de créditos*, cit., pág. 1088.

(7) F. PANTALEÓN PRIETO, *Cesión de créditos*, cit., pág. 1118; J. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos*, cit., pág. 224; J. L. NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, 2.ª edic., Córdoba, Ed. Ibarra de Arce, 1998, pág. 356.

lo 2 sobre el derecho a suspender el pago del precio. Interesa ahora incidir en que el derecho a suspender el pago no se funda en una previa resolución del contrato de enseñanza, sino en el simple incumplimiento de Opening. Es decir, que puede suspenderse el pago aunque no se haya resuelto extrajudicialmente el contrato de enseñanza.

Como se sabe, el uso de la facultad de suspender el pago del precio no puede ser contrario a la buena fe. Lo que exige, entre otras cosas, que la parte que pretende suspender el pago comunique a la otra parte de su intención de hacerlo. En el caso que nos ocupa hay que preguntarse si esta comunicación (normalmente, una notificación) debe realizarse al acreedor cedente (Opening) o al cesionario (entidad de crédito). Teniendo en cuenta la finalidad de esa notificación, creo que es suficiente (y necesario) que se realice al acreedor cesionario. En efecto, si el objetivo de la notificación es evitar que quien reclama el cumplimiento pueda verse «sorprendido» por la alegación de la excepción, lo más conveniente es que se haga al acreedor cesionario; de modo que el alumno no podrá suspender el pago a la entidad de crédito cesionaria si antes no notifica el incumplimiento de Opening. Ello en el supuesto de que no haya resuelto el contrato de enseñanza, pues en tal caso está autorizado para suspender, sin más, el pago a la entidad de crédito cesionaria.

Cabe plantearse ahora qué derechos tendría el alumno de Opening en el supuesto de que al contrato de enseñanza fuera aplicable la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Como ya se ha indicado, conforme a los modelos de contratos que han llegado a mi poder, la citada normativa no sería aplicable, pues a pesar de existir un aplazamiento en el pago, se trataría de un crédito «gratuito», que está excluido del ámbito de aplicación de la LCC [art. 2.1.d)]. Ello no impide que puedan existir otros contratos de enseñanza —a los que yo no he tenido acceso— celebrados por Opening en los que esta entidad sí cobre intereses por el aplazamiento en el pago.

El artículo 11 de la Ley 7/1995 regula la cesión de créditos al consumo. Dispone que «cuando el concedente de un crédito ceda sus derechos a un tercero, el consumidor tendrá derecho a oponer contra el tercero las mismas excepciones que le hubieren correspondido contra el acreedor originario, incluida, en su caso, la de compensación, conforme al artículo 1.198 del Código Civil». Este precepto recoge expresamente el principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor como consecuencia de la cesión. Por eso, el consumidor (deudor) podrá reclamar el cumplimiento del contrato de enseñanza, resolverlo (liberándose así de las obligaciones de pago aún no vencidas) u oponer la excepción de incumplimiento (8). En definitiva, los derechos de que dispone el deudor cedido ante el incumplimiento del acree-

(8) J. GAVIDIA SÁNCHEZ, *El crédito al consumo...*, cit., pág. 41.

dor cedente son los mismos tanto si se aplica la LCC como si no se aplica. También su situación es similar respecto a la oponibilidad del crédito cedido con otro del deudor contra el cedente, por la remisión que el artículo 11 LCC realiza al artículo 1.198 del Código Civil. ¿Cuál sería, entonces, el *plus* de protección que concede la Ley 7/1995 al deudor en caso de cesión de créditos al consumo? Pues que en caso de cesión ordinaria de un crédito, es válida la cláusula en la que el deudor renuncia a oponer determinadas excepciones al cesionario (salvo que se incluya en condiciones generales de la contratación), mientras que si se trata de la cesión de un crédito al consumo sometido a la LCC, semejante cláusula sería nula, por contravenir el artículo 3 LCC, aunque no estuviera contenida en las condiciones generales del contrato. En el caso que nos ocupa, tal diferencia es irrelevante, pues ni el contrato de enseñanza ni el «contrato de cesión de crédito» incluyen cláusula alguna de renuncia de derechos por parte del alumno.

En conclusión, los derechos que tiene el alumno de Opening, en caso de cesión de créditos, son idénticos tanto si el contrato está sometido a la Ley 7/1995 como si no lo está.

V. MODELO 4: CELEBRACION POR EL ALUMNO DE DOS CONTRATOS VINCULADOS (ENSEÑANZA Y PRESTAMO)

1. SUPUESTO DE HECHO

En este caso, el alumno celebra un contrato de enseñanza con la academia de inglés Opening, en virtud del cual esta entidad se obliga a la entrega de un material inicial para la realización del curso, a la prestación de los servicios propios de la enseñanza del inglés, y a tener abierta la sede de academia durante un horario determinado, que cubre prácticamente desde la mañana a la noche. Por su parte, el alumno se obliga a abonar una determinada cantidad de dinero en concepto de precio. Ese dinero lo obtiene del crédito concedido por una entidad financiera. Este crédito puede adoptar, y de hecho adopta, las más variadas formas jurídicas. En unos casos el alumno celebra un contrato de préstamo con una entidad financiera. En otros se estipula un contrato de apertura de crédito. Además, no existe una única entidad financiera con la que contratan los alumnos, sino que unos alumnos obtienen el préstamo de una entidad, y otros de otra. Por otra parte, los documentos contractuales llevan por rúbrica expresiones tales como «credipago permanente», «solicitud estándar de aplazo comercio», o «contrato de préstamo mercantil».

En algunos casos, en el momento de la celebración del contrato de enseñanza, el alumno paga parte del precio en concepto de matrícula o

desembolso inicial; el resto del precio lo satisface con la ayuda del préstamo. En otros, en cambio, no se entrega cantidad alguna a la celebración del contrato de enseñanza, sino que todo el precio se abona con el dinero obtenido del préstamo.

La distinción fundamental entre este modelo y los analizados anteriormente radica en que ahora el alumno celebra dos contratos distintos —enseñanza y préstamo— con dos personas diferentes —Opening y entidad de crédito—. Mientras que en los Modelos 2 y 3 el alumno estipula un único contrato (el de enseñanza) con una única persona (Opening). Además, en estos dos modelos el contrato de enseñanza incluye un aplazamiento en el pago, lo que no sucede en el Modelo 4, en el que el precio del contrato de enseñanza se abona al contado. En este punto, los Modelos 1 y 4 coinciden. En efecto, el Modelo 1 se caracteriza porque el alumno abona al contado el precio del contrato de enseñanza. Lo mismo sucede en el Modelo 4. La diferencia estriba en que en el Modelo 4 el dinero para pagar al contado a Opening se ha obtenido de un préstamo concedido por una entidad financiera con la que Opening mantiene relaciones de colaboración. Por esa razón puede afirmarse que ambos contratos (préstamo y enseñanza) están vinculados. No ocurre esto en el Modelo 1, donde el alumno paga al contado, bien porque tiene el dinero necesario para ello, bien porque lo obtiene de una entidad de crédito en concepto de préstamo, entidad con la que Opening no mantiene relaciones de colaboración. En definitiva, en el Modelo 4 el préstamo se obtiene debido a las relaciones de cooperación que mantienen Opening y esa entidad de crédito, mientras que en el Modelo 1 el préstamo se obtiene por el alumno «por su cuenta», sin la intermediación de Opening. Por eso en este último caso no pueden considerarse los dos contratos como vinculados.

2. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS SUPUESTOS DE VINCULACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL PRÉSTAMO Y EL CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE UN BIEN O UN SERVICIO

En el caso que se analiza, el consumidor ha celebrado dos contratos distintos, pero que están vinculados entre sí. Los contratos vinculados se caracterizan por la intervención de tres sujetos diferentes en la compleja operación de adquisición financiada de un bien. Existe un vendedor o un prestador de servicios que vende el bien de consumo o presta un servicio al consumidor; un consumidor que adquiere ese bien o ese servicio, y un prestamista o financiador que financia la adquisición, normalmente mediante la concesión al consumidor de un préstamo cuyo importe éste lo destina a satisfacer el precio de la compraventa. La intervención de un tercer sujeto, el financiador, en la operación de crédito al consumo no es producto del

azar, sino que es resultado del propio desarrollo del mercado crediticio. Sólo conociendo por qué se produce la intervención de este tercer sujeto puede comprenderse cuál es el motivo último que aconseja establecer medidas legales de protección del consumidor que estipula contratos vinculados.

En la sociedad actual, cada vez con mayor frecuencia se adquieren bienes sin poseer el dinero suficiente como para realizar un pago al contado. En un primer momento, son los propios vendedores los que conceden crédito a sus clientes, mediante el aplazamiento del pago. El comprador no está capacitado para satisfacer el precio total de la compra; por eso sólo entrega al vendedor una parte del mismo, en concepto de desembolso inicial, y el resto lo paga a plazos. Mediante la compraventa a plazos se consiguen satisfacer de un modo adecuado los distintos intereses de las partes. El comprador puede usar y disfrutar desde el primer instante del bien, sin necesidad de pagar al contado el importe total del precio. A cambio de ello queda obligado a desembolsar en los plazos estipulados las cantidades que correspondan. El vendedor, por su parte, aumenta el volumen de sus negocios, en la medida en que incrementa el número de ventas. La reserva de la propiedad le sirve de garantía ante el peligro de incumplimiento del comprador. En la disciplina de la venta a plazos, la función de financiación para la adquisición de un bien no está dotada de una propia autonomía, sino que se realiza dentro del tipo contractual de la compraventa, mediante las cláusulas que prevén el pago a plazos y la reserva de la propiedad en favor del vendedor.

Sin embargo, a partir de un determinado momento, el vendedor deja de estar capacitado para continuar concediendo crédito bajo la modalidad de la venta a plazos. Ese momento viene marcado con la aparición del automóvil y su irrupción con fuerza en el mercado. El alto precio del bien, el mayor volumen de la demanda de crédito y la siempre limitada capacidad de concesión de financiación por parte del vendedor hacen inapropiado el recurso a la venta a plazos. Por esta razón aparece un tercer sujeto, el financiador, que asume específicamente la tarea de financiar, conservando el vendedor su función típica, la de vender. Surge así la compraventa financiada por un tercero. La separación de la actividad financiadora del contrato de compraventa y su asunción por un tercero implica una modificación sustancial en el mercado crediticio. Se pasa de una relación bilateral entre vendedor y comprador, a una más compleja en la que intervienen tres personas, como son vendedor, comprador y prestamista. La función de financiación recae, en un primer momento, dentro de la esfera de control de las propias empresas productoras, que crean sus propias sociedades financieras encargadas de la concesión de los créditos. Sólo en un momento posterior se deciden las entidades bancarias a entrar en el mercado de la financiación al consumo, lo que supone un aumento, no sólo cuantitativo, sino también cualitativo, del crédito al consumo.

Por lo tanto, los contratos vinculados se caracterizan por la celebración por el consumidor de dos contratos distintos, pero vinculados entre sí. El consumidor concluye, por una parte, un contrato de compraventa o de prestación de servicios con un proveedor de bienes o servicios. En el caso que se analiza, se trata del contrato de enseñanza estipulado con la academia de inglés Opening. Por otra, celebra un contrato de préstamo con un prestamista, que es una entidad financiera.

El desdoblamiento de una única operación económica en dos contratos distintos —compraventa y préstamo— beneficia fundamentalmente a prestamistas y vendedores. El vendedor aumenta el volumen de sus negocios, y como se trata de una compraventa al contado, recibe la totalidad del precio de una sola vez, dinero que podrá ser nuevamente reinvertido en su empresa. También al prestamista le resulta muy favorable la intervención en la operación de crédito al consumo. Realiza su actividad típica, que no es otra que conceder crédito a cambio de su posterior devolución junto a los intereses; además, a través de la compra financiada amplía extraordinariamente su número de clientes, que llegan a él enviados por el vendedor.

Al consumidor, en cambio, la celebración de dos contratos no le es más beneficiosa que la estipulación de una venta a plazos. Desde el punto de vista económico, esto es, tomando en consideración las obligaciones que asume, la compraventa financiada es una operación exactamente igual a la bilateral venta a plazos. La única diferencia, intrascendente en principio para él, es la persona a la que debe realizar los pagos. En efecto, en ambos casos recibe un bien y queda obligado a pagar unos plazos en las fechas pactadas, ya sea al vendedor (en la venta a plazos), ya sea al prestamista (en la compraventa financiada).

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el consumidor que estipula contratos vinculados se encuentra en una situación de desprotección, en comparación con el comprador de una venta a plazos. Esta desprotección se manifiesta en lo problemático que resulta la utilización por su parte, en el caso de incumplimiento del vendedor, de los clásicos instrumentos contractuales: la excepción de incumplimiento y la resolución del contrato.

1. En la venta a plazos, si el vendedor incumple, el consumidor puede suspender el pago de los plazos, oponiendo a la reclamación de pago del vendedor la excepción de incumplimiento contractual. En la compraventa financiada, en cambio, el consumidor no está autorizado para suspender el pago al prestamista, pues, por una parte, no cabe la excepción de incumplimiento (el prestamista ha cumplido su obligación, ya que entregó el importe del préstamo) y, por otra, la eficacia relativa de los contratos impide que una vicisitud que se produce en el contrato de compraventa —el incumplimiento del vendedor— pueda tener efecto alguno en el contrato crediticio.

2. El segundo instrumento de que el comprador de una venta a plazos dispone y cuya utilización resulta complicada en la compraventa financiada es la acción resolutoria. En una bilateral venta a plazos, el incumplimiento del vendedor faculta al comprador para ejercitar la acción resolutoria. La resolución de este contrato provoca la desaparición de todos los efectos que de él se derivan, incluidos, lógicamente, los que se refieren al aplazamiento del pago. En consecuencia, las obligaciones pendientes de pago (los plazos aún no vencidos) desaparecen, el consumidor queda eximido de realizar pagos futuros, y las partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas; el consumidor devolverá el bien, si es que lo recibió, y el vendedor deberá restituir el desembolso inicial, si lo hubo, y los plazos ya satisfechos.

En la compraventa financiada, la resolución de la compraventa a causa del incumplimiento del vendedor provoca unas consecuencias diferentes. Son dos los aspectos en que se materializa la desprotección del consumidor:

- a) En primer lugar, el consumidor puede resolver el contrato de compraventa, pero no el de préstamo, pues el prestamista ha cumplido su obligación, y además es tercero respecto al contrato de compraventa. Por eso el consumidor continúa obligado a abonar los plazos de amortización al prestamista, al margen de que el contrato de compraventa haya sido resuelto. Las cosas suceden de otro modo en la compra bilateral. En ésta, el papel de financiador lo asume el propio vendedor mediante la cláusula de aplazamiento del pago, incluida en el propio contrato de compraventa. El hecho de que la función de venta y de financiación se encuentre integrada en un mismo contrato implica que, resuelto el contrato, ambos aspectos dejan de existir. Una vicisitud en la relación de venta —por ejemplo, la falta de entrega del bien comprado— que faculte al comprador para resolver el contrato afectará necesariamente a la relación de financiación, puesto que se dejan de pagar los plazos, que tienen el carácter de pago del precio y de reembolso del préstamo, y se restituyen los ya pagados.
- b) La segunda consecuencia negativa para el consumidor se produce en relación con los efectos que la quiebra o la insolvencia del vendedor pueden tener sobre el ejercicio de la acción resolutoria. En una venta a plazos, si el vendedor insolvente incumple su obligación, el comprador no podrá recuperar de él el desembolso inicial que en su caso pagó y los plazos ya abonados. Será el comprador el que tenga que soportar la pérdida en esa cuantía. En cambio, en la compraventa financiada la situación es distinta porque se trata de un negocio con pago al contado. En consecuencia, si el vendedor es insolvente y el

comprador resuelve el contrato, aquél no podrá restituir a éste ninguna cantidad del precio, por lo que el comprador sufrirá la insolvencia del vendedor en la cuantía del precio del bien. De nuevo en este caso resulta el consumidor claramente perjudicado en comparación con el comprador de una bilateral venta a plazos. Aun cuando desde el punto de vista económico ambas operaciones son similares (adquisición de un bien a cambio de quedar obligado a realizar una serie de pagos durante un determinado tiempo), la consideración de la compraventa como un contrato con pago al contado, y no a plazos, es lesiva para el consumidor. En la venta a plazos sólo pierde las cantidades ya pagadas, mientras que en la compraventa financiada pierde todo el precio, quedando además obligado a cumplir frente al financiador con los plazos pendientes de pago.

Solamente tras advertir los déficits de protección jurídica que tiene el consumidor que celebra contratos vinculados, en comparación con el comprador de una venta a plazos, se comprenden las razones por las que el legislador debe intervenir, y se está en condiciones de señalar cuáles son los fines que han de alcanzarse mediante esa intervención legislativa. La finalidad última es la siguiente: dotar al consumidor, en la compraventa financiada, de una protección en ningún caso inferior a la que ostenta un comprador en una bilateral venta a plazos. Ello obliga a establecer medidas legislativas que: (i) autoricen al consumidor, en el caso de incumplimiento del vendedor, a suspender provisionalmente el pago de los plazos al prestamista, en las mismas condiciones en que podría suspenderlo de haber celebrado una bilateral venta a plazos; (ii) autoricen al consumidor a conseguir la ineficacia del contrato de préstamo, una vez resuelto previamente el contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor; y (iii) permitan que la liquidación de los dos contratos, tras ser declarada su ineficacia, se produzca de tal modo que el consumidor pierda, como mucho, las cantidades que ya ha satisfecho en concepto de desembolso inicial y pagos de amortización. La medida (i) se contiene en el artículo 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. La medida (ii) en el artículo 14.2 LCC. En cambio, la medida (iii) no ha sido expresamente prevista en la LCC; aunque el déficit de protección del consumidor en la fase de liquidación de los contratos se salva con la aplicación analógica de lo previsto en el artículo 9.2, párrafo segundo, de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

3. REQUISITOS LEGALES PARA LA EXISTENCIA DE CONTRATOS VINCULADOS

Lo primero que debe analizarse es si los contratos de enseñanza y de préstamo pueden considerarse contratos vinculados desde el punto de vista jurídico. Conviene advertir, antes que nada, que la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, disciplina dos modalidades de vinculación contractual, aunque lo hace de una manera muy desafortunada debido a la falta de sistemática interna de los artículos 14 y 15. Tomando como criterio de distinción qué contrato es el que influye en el otro, debemos distinguir entre lo que puede denominarse «el contrato de compraventa vinculado al de crédito» y «el contrato de crédito vinculado a la compraventa». En el primer caso, el contrato de compraventa está vinculado al de crédito porque éste influye o puede influir en aquél. En consecuencia, la influencia entre los contratos se produce en una única dirección, del contrato de préstamo al de compraventa. Esta forma de vinculación está regulada en el artículo 14.1 LCC. En el segundo caso es el contrato de crédito el que está vinculado a la compraventa. Ahora la influencia tiene lugar en sentido contrario, esto es, determinadas circunstancias que se produzcan en la compraventa afectan o podrán afectar de algún modo al contrato de crédito. Esta segunda modalidad se encuentra regulada en los artículos 12, 14.2 y 15 LCC, y es sin duda alguna la más importante. Si no se especifica lo contrario, cuando nos refiramos a contratos vinculados, sin más, estaremos aludiendo a esta segunda modalidad.

La LCC no establece expresamente cuáles son los presupuestos que deben concurrir para la existencia de vinculación contractual. A pesar de esta omisión, del texto de los artículos 12, 14.2 y 15 LCC se desprende con claridad que los presupuestos de la conexión contractual entre el crédito y la compraventa son los enumerados en los párrafos *a)*, *b)* y *c)* del artículo 15.1 LCC. El estudio de los requisitos de la vinculación contractual debe abordarse teniendo en cuenta que la compraventa financiada por un tercero es uno de los supuestos más significativos de conexión contractual. Todo supuesto de conexión contractual requiere la presencia de dos presupuestos: la pluralidad de contratos y el nexo funcional entre ellos. Cada uno de estos dos requisitos debe concurrir también, necesariamente, en la hipótesis de vinculación contractual entre compraventa y préstamo.

Para que haya vinculación contractual es preciso, en primer lugar, que el consumidor haya celebrado dos contratos —préstamo y contrato de adquisición del bien o servicio— con dos personas distintas —prestamista y proveedor del bien o servicio— [art. 15.1.a) LCC]. El cumplimiento de este primer requisito es evidente en el supuesto que se analiza, pues todo alumno ha celebrado un contrato de enseñanza con Opening y un contrato de préstamo con una entidad de financiación.

El segundo presupuesto de la vinculación contractual, y el más importante, es la conexión funcional entre compraventa y préstamo. La cuestión que debe resolverse es en qué casos existe conexión funcional entre estos dos contratos. Con carácter general, cabe sostener que el criterio determinante de la conexión funcional hay que buscarlo en la doctrina de la causa. Los dos contratos estarán vinculados cuando a través de ellos las partes pretendan alcanzar un único resultado económico. En el ámbito del crédito al consumo habrá vinculación contractual cuando los dos contratos se han celebrado con el fin de facilitar al consumidor la adquisición de bienes de consumo con pago a plazos; esto es, cuando los dos contratos puedan considerarse, en función de datos objetivos, como partes de una única operación económica, debido a que prestamista y vendedor colaboran para permitir al consumidor la adquisición de bienes a plazos.

La configuración que de la conexión funcional se hace en la Ley 7/1995 es mucho más restrictiva, puesto que el artículo 15.1.b) requiere que entre el prestamista y el vendedor «exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste». La doctrina ha criticado duramente la falta de claridad y la ambigüedad de este precepto, lo que dificulta enormemente su comprensión (9). Y ello por varias razones. En primer lugar, se exige que entre prestamista y vendedor exista un acuerdo previo, pero no se señala cuál es el contenido que debe tener este convenio. En segundo lugar, este acuerdo previo debe ser «concertado en exclusiva», aunque la ley no contiene ninguna aclaración adicional sobre cómo ha de entenderse la exclusividad. Por si la situación no fuera ya suficientemente confusa, el párrafo segundo del artículo 15.1.b) LCC faculta al consumidor para que obtenga el crédito que precisa para adquirir ese bien de un prestamista distinto de aquél que ha celebrado el acuerdo previo, en exclusiva, con el vendedor.

Ante el silencio del legislador, debe ser el intérprete jurídico quien establezca cuál es el contenido de ese acuerdo previo, y el alcance que hay que dar al hecho de que tenga que ser celebrado «en exclusiva». Son posibles varias interpretaciones:

1. Cabe sostener, en primer lugar, que todos los clientes del vendedor que deseen adquirir un bien tienen necesariamente que estipular un contrato

(9) M. J. MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, Aranzadi, 2000, pág. 185 y sigs.; M. GÓMEZ MENDOZA, «Tarjetas de crédito y crédito al consumo», en *La Ley*, 1993-3, pág. 788; J. N. MARTÍ SÁNCHEZ, «La utilización de efectos cambiarios en el crédito al consumo, en el Derecho positivo español», en U. NIETO CAROL (dir.), *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 272 y sigs.; G. A. SÁNCHEZ LERMA, «Los instrumentos cambiarios y la defensa de los consumidores; el artículo 12 de la Ley de Crédito al Consumo», en *AC*, 1997, núm. 16, pág. 3601.

crediticio con un determinado prestamista. Este parece ser el sentido de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de crédito al consumo, cuando exige que «entre el prestamista y el vendedor exista un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor» [art. 11.2.b)]. La exclusividad afecta, por tanto, al consumidor, que queda obligado a obtener la financiación de un concreto prestamista. De seguirse esta tesis en la hipótesis que se analiza, los contratos de enseñanza y de préstamo no pueden considerarse vinculados, porque el consumidor puede, si lo desea, realizar un pago al contado de las obligaciones que para él derivan del contrato de enseñanza u obtener el préstamo de un prestamista distinto. Por lo tanto, no hay exclusividad en los términos expuestos. Esta primera interpretación, sin embargo, no puede admitirse, pues limita excesivamente el ámbito de la vinculación contractual, no toma en consideración las razones que justifican la intervención legislativa para proteger al consumidor que estipula contratos vinculados, y además, en el Derecho español viene expresamente vedada por el párrafo segundo del artículo 15.1.b) LCC, que expresamente permite al consumidor obtener el préstamo de un prestamista distinto a aquél que le señala el proveedor del bien o servicio.

2. Una segunda interpretación consiste en entender que la exclusividad afecta al prestamista, en el sentido de que en el acuerdo previo con el vendedor se obliga a ofrecer crédito únicamente a los clientes de ese vendedor. Por tanto, sólo hay contratos vinculados cuando el prestamista colabora exclusivamente con ese vendedor (y no con otros) en facilitar al consumidor la adquisición financiada de bienes o servicios. Si se admite esta tesis, en el caso que se analiza, los contratos de préstamo y enseñanza no estarían vinculados, pues cualquiera de las entidades financieras que han concedido un préstamo a los alumnos colaboran con muchos proveedores de bienes y servicios, y no únicamente con la academia de inglés Opening. No habría, por tanto, exclusividad. Sucede, sin embargo, que también esta segunda interpretación debe rechazarse.

3. Una tercera posible interpretación, que resulta igualmente rechazable, consiste en sostener que hay conexión funcional cuando el prestamista y el vendedor colaboran planificadamente y además el vendedor se ha obligado frente al prestamista a cooperar únicamente (exclusivamente) con él. La exclusividad afecta, por tanto, al vendedor, en la medida en que se obliga frente al prestamista a colaborar únicamente con él (y no con otros). La obligación que el vendedor asume en el acuerdo previo celebrado con el prestamista es, en consecuencia, doble: una obligación positiva (obligación de hacer), consistente en colaborar con ese prestamista para posibilitar el acceso de los compradores a los créditos que éste ofrece; y una obligación

negativa (obligación de no hacer), en virtud de la cual el vendedor no podrá cooperar con otra entidad financiera. Las críticas que merece esta interpretación son las siguientes. En primer lugar, las entidades financieras y los vendedores se pueden concertar de tal modo que eviten *a priori* la concurrencia del presupuesto al que alude la letra *b*) del artículo 15.1 LCC. Para ello bastará con que en el acuerdo previo de colaboración el vendedor no asuma explícitamente la obligación de no cooperar con otros financiadores, o se incluya una cláusula en la que se le autoriza para celebrar acuerdos de colaboración con otros prestamistas. En segundo lugar, para el consumidor es imposible percibir la existencia de un pacto de exclusividad, tal y como ha sido expuesto. El será consciente de la existencia de una colaboración planificada entre los dos empresarios, pero no puede percibir si el vendedor se ha obligado frente a ese prestamista a no celebrar acuerdos de colaboración con otros financiadores. En tercer lugar, esta configuración de la vinculación se presenta inaceptable en materia de prueba. El comprador tendrá que probar, y podrá hacerlo, que hay colaboración planificada entre prestamista y vendedor, pero nunca podrá demostrar que el vendedor colabora exclusivamente con ese prestamista, esto es, que se ha obligado a no cooperar con otros financiadores. Para el consumidor esta prueba es prácticamente imposible, puesto que no tiene acceso al documento en el que se plasma el acuerdo de colaboración entre prestamista y vendedor. En cuarto y último lugar, el fin protector de la normativa reguladora de los contratos financiados por terceros choca frontalmente con esta forma de entender la vinculación.

4. Hay que acudir a una cuarta interpretación, que se presenta como la más acertada. La exclusividad debe ser entendida como la colaboración del vendedor únicamente con un determinado prestamista. Por lo tanto, hay conexión funcional cuando durante la fase de celebración de los contratos quede patente la colaboración planificada entre prestamista y vendedor, siempre que además el vendedor colabore únicamente con ese prestamista. En consecuencia, deben concurrir simultáneamente dos presupuestos. En primer lugar, se precisa la colaboración planificada entre prestamista y vendedor, o más exactamente, que la celebración del contrato crediticio se haya producido debido a la colaboración existente entre los dos empresarios. En segundo lugar, es necesario que el vendedor colabore únicamente (exclusivamente) con ese prestamista, esto es, que no lleve a cabo relaciones de colaboración con otros financiadores. Es indiferente si el vendedor ha celebrado acuerdos de colaboración con otros prestamistas, o si se ha obligado con un prestamista a no colaborar con otros. Lo decisivo es que el vendedor, de hecho, colabore únicamente con ese prestamista. Esta es la interpretación que del artículo 15.1.b) LCC debe acogerse, que respeta además el tenor de la letra *c*) de este mismo precepto. El consumidor debe probar, por tanto, que prestamista y vendedor colaboran planificadamente. En cambio, no le incum-

be a él la prueba de que el vendedor colabora únicamente con ese prestamista, pues tendría que acreditar que no colabora con otros prestamistas, y no puede imponérsele la prueba de un hecho negativo. Por eso, en relación con el carácter exclusivo de la colaboración, se altera la carga de la prueba: será el prestamista el que, si quiere impedir la consideración de los contratos como vinculados, tenga que probar que ese vendedor colabora con otros prestamistas.

Esta es la configuración del «acuerdo previo, concertado en exclusiva», que debe acogerse. Existen, además, algunas sentencias que sirven de apoyo a esta tesis. Debe destacarse, en este sentido, la sentencia del JPI, número 10 de Sevilla, de 11 de diciembre de 1998 (inérita), que desestima la demanda de una entidad de crédito contra un particular. Por su interés, se reproduce parte de la argumentación contenida en el Fundamento Jurídico tercero: «Frente a lo que pudiera parecer, la prueba de que existe un contrato de financiación en exclusiva entre proveedor y financiador, no es propiamente la prueba de un hecho positivo, sino de una situación que tiene dos facetas, una positiva, la existencia del convenio de financiación —que aquí está acreditado—, y otra negativa, su carácter exclusivo, es decir, que no existen convenios de financiación con otras entidades financieras. Y pretender, como pretende la financiera demandante, que sea el consumidor quien haya de probar el carácter «exclusivo» del acuerdo previo entre financiador y proveedor es cargarle con una prueba diabólica, por varias razones. En primer lugar, porque la prueba del carácter «exclusivo» es, como se ha dicho, la prueba de un hecho negativo: que no existen otros convenios de financiación entre ese proveedor y otras entidades financieras. Y uno de los principios relativos a la carga de la prueba es que, por regla general, no puede exigirse a nadie la prueba de un hecho negativo». En idénticos términos se expresa la sentencia del mismo Juzgado, de 7 de enero de 1999 (inérita).

También existen algunos pronunciamientos de Audiencias Provinciales que sirven de apoyo a esta interpretación. La SAP de Zaragoza, de 19 de febrero de 1999 (10), establece que la jurisprudencia ha dulcificado el requisito de la exclusividad, en el sentido de «que no se presume, y que la carga de la prueba de que no hay exclusividad corresponde al financiador». La SAP de Huelva, de 29 de septiembre de 2000 (11), afirma que, en el caso que le ocupa, existe un acuerdo previo entre el vendedor y el prestamista, «habiendo flexibilizado la jurisprudencia el requisito de la exclusividad en el acuerdo previo al hacer recaer sobre el financiador la carga de probar que no existe tal exclusividad». La SAP de Guipúzcoa, de 2 de febrero de 2001 (12),

(10) *El Derecho*, 1999, 5649.

(11) *AC*, 2001, 546.

(12) *El Derecho*, 2001, 42350.

deduce la colaboración planificada entre prestamista y vendedor de presunciones e indicios de colaboración, y respecto a la exclusividad establece que «la carga de la prueba de que no hay exclusividad corresponde al financiador, pues de no entenderse así, es claro que el requisito contenido en el apartado b) del artículo 15 que se comenta, convertiría en verdadero papel mojado toda la protección del consumidor» (FJ 5.º). Por su parte, la SAP de Madrid, de 8 de mayo de 2001 (13), afirma que «la carga de la prueba de que no hay exclusividad corresponde al financiador» (FJ 5.º). En parecidos términos se expresa la SAP de Gerona, de 26 de noviembre de 2001 (14): «aplicando el principio procesal de la facilidad probatoria en orden a determinar a quién corresponde la carga de la prueba, bien podría haber desplegado la apelante (el prestamista) alguna actividad en orden a acreditar que no existía una relación comercial de exclusiva con la referida academia de inglés» (FJ 4.º). Por último, la SAP de Huesca, de 11 de marzo de 2002 (15), establece que la prueba del acuerdo previo de exclusividad «queda fuera del alcance del consumidor».

Sin embargo, siguen existiendo algunas dificultades importantes que permiten criticar esta concepción legal del nexo funcional. En primer lugar, no hay vinculación contractual cuando el vendedor colabora, aunque sólo sea esporádicamente, con otro prestamista. Por este motivo, los vendedores y prestamistas pueden evitar *a priori* la aplicación de la ley. Para eso bastará con que los vendedores colaboren, siquiera sea ocasionalmente, con otro prestamista distinto a aquél con el que lo hacen habitualmente. De este modo, éste podrá acreditar que el vendedor no coopera únicamente con él. En segundo lugar, esta concepción choca frontalmente con la finalidad perseguida por una normativa protectora de los consumidores en el ámbito de las relaciones trilaterales de consumo. Existiendo colaboración entre prestamista y vendedor, indiferente es que este vendedor mantenga relaciones comerciales exclusivamente con él, o que colabore con dos o más prestamistas, pues la misma necesidad de protección tiene el consumidor en un caso que en otro.

Así entendido, la hipótesis que se analiza no cumple los requisitos del artículo 15 LCC, por lo que los contratos de enseñanza y préstamo no pueden considerarse vinculados. El consumidor podrá probar que el préstamo se ha obtenido debido a la colaboración planificada entre el prestamista y Opening, pero para el prestamista también será fácil acreditar que no concurre la «exclusividad»: bastará con demostrar que la academia de inglés Opening no colabora únicamente con él, sino que lo hace asimismo con otros prestamistas.

(13) *El Derecho*, 2001, 42185.

(14) *AC*, 2002, 128.

(15) *AC*, 2002, 368.

En conclusión, los contratos de enseñanza y préstamo no son contratos vinculados, al no satisfacer los presupuestos establecidos en las letras a), b) y c) del artículo 15.1 LCC. Por consiguiente, los alumnos de Opening no pueden utilizar los derechos que les atribuyen los artículos 14.2 y 15 de la citada Ley.

4. CONTRATOS VINCULADOS «AL MARGEN» DE LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO

El legislador ha establecido en los artículos 14.2 y 15 LCC unas determinadas consecuencias jurídicas cuando concurra un supuesto concreto de vinculación contractual. Ello no es un obstáculo, sin embargo, para que fuera de esa hipótesis pueda admitirse, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, otros casos de vinculación contractual en los que las vicisitudes que se produzcan en el contrato de enseñanza puedan provocar algún tipo de consecuencia jurídica en el contrato crediticio.

En este sentido, conviene retener que el criterio determinante de la conexión funcional de dos contratos diferentes radica en la doctrina de la causa, concretamente en la denominada «causa concreta», entendida como el propósito empírico que las partes persiguen mediante la celebración de los dos contratos. La finalidad concreta perseguida por las partes deja de ser un motivo, irrelevante desde el punto de vista jurídico, para formar parte de la causa y adquirir así relevancia jurídica. Aplicando esta teoría al ámbito del crédito al consumo, puede afirmarse la existencia de un nexo funcional entre la compraventa y el crédito cuando los dos contratos se han celebrado para facilitar al consumidor la adquisición de bienes a cambio del pago a plazos. Es obvio que no basta con que esta finalidad se desprenda de datos subjetivos. Es necesario, más bien, que la conexión funcional se manifieste a través de datos objetivos, de los que pueda fácilmente deducirse que ambos contratos, debido a su vinculación causal, son parte de una única operación económica. Y existe un gran consenso doctrinal a la hora de entender que el dato fundamental que permite afirmar la existencia de conexión funcional es la obtención del préstamo a causa de la colaboración planificada entre prestamista y vendedor. La colaboración planificada constituye, por tanto, el presupuesto esencial de la vinculación contractual. La vinculación causal entre los dos contratos tiene lugar cuando la concesión crediticia es resultado de la colaboración planificada entre prestamista y vendedor (16).

(16) Así, J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Las excepciones cambiarias», en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Derecho cambiario. Estudio sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, Civitas, 1986, pág. 275; J. ALFARO AGUILA-REAL, «Observaciones críticas al Proyecto de Ley de Crédito al Consumo», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 195, núm. 56, pág. 1047, y en voz «Crédito al consumo», en *Enciclopedia Jurídica*

En consecuencia, existe vinculación contractual entre los contratos de compraventa y préstamo cuando el consumidor recibe el préstamo debido a la colaboración planificada existente entre prestamista y vendedor. A esta hipótesis vamos a denominarla como contratos vinculados «al margen» de la LCC, puesto que hay conexión contractual, pero no se trata de la regulada en la LCC, sino de otra distinta, establecida en aplicación de la doctrina de la causa.

Por lo tanto, existen en el Derecho español dos tipos de contratos vinculados (o más correctamente, de contrato de crédito vinculado a la compraventa):

1. Contratos vinculados «en» la LCC. Satisfacen los presupuestos establecidos en las letras *a*), *b*) y *c*) del artículo 15.1 LCC. Es decir, el préstamo se obtiene debido a la colaboración planificada entre prestamista y vendedor, y éste colabora únicamente con ese prestamista, y no con otros. Cuando se esté en presencia de una compraventa financiada de este tipo, habrán de aplicarse las consecuencias jurídicas previstas en los artículos 12, 14.2 y 15 LCC.

2. Contratos vinculados «al margen» de la LCC. Existe colaboración planificada entre prestamista y vendedor, pero falta la «exclusividad» a la que alude la letra *b*) del artículo 15.1 LCC. También en esta hipótesis las vicisitudes del contrato de compraventa provocarán algún tipo de consecuencia jurídica en el contrato crediticio, no por aplicación —ni directa ni analógica— de algunos preceptos de la LCC, sino por la conexión causal existente entre los dos negocios jurídicos.

Nuestro legislador reconoce expresamente en otras normas la existencia de contratos vinculados «al margen» de la LCC. Así sucede en el artículo 44.7 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), relativo a los contratos celebrados a distancia, en el artículo 12 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (en adelante, LDAT), y en el párrafo segundo del artículo 9.2

Básica, vol. II, Madrid, Civitas, 1995, pág. 1798; M. VERGEZ, «Análisis de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo», en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, pág. 1151; R. VERDERA SERVER, «Liquidación de relaciones contractuales derivadas de crédito al consumo: notas sobre el artículo 9 LCC», en *ADC*, 1996, II, pág. 617; J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Contratos vinculados a la obtención de un crédito», en U. NIETO CAROL (dir.), *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 247; M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Crédito y protección de los consumidores», en *Círculo de Empresarios*, 1984, núm. 26, pág. 30; A. DÍAZ MORENO, «Algunas observaciones acerca del artículo 12 de la Ley de Crédito al Consumo», en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. I, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, pág. 756.

LVPBM. En los tres supuestos se prevé que la ineficacia del contrato de adquisición provoque la ineficacia del contrato de préstamo destinado a su financiación, sin que en ninguno de los tres casos se requiera algún tipo de «exclusividad» entre el prestamista y el proveedor de los bienes o servicios. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de leasing concede al arrendatario financiero el derecho a resolver el contrato de arrendamiento financiero si previamente se ha resuelto el contrato de compraventa (17); la ineficacia de este contrato puede afectar al contrato de arrendamiento financiero a él vinculado, sin que exista «exclusividad» entre el vendedor del bien y el arrendador financiero.

La conclusión a la que se llega no deja de ser paradójica: la mayoría de los supuestos de vinculación contractual existentes no quedan sometidos al régimen de la Ley 7/1995. Y ello se debe, como se ha señalado, a las limitaciones que impone la letra *b*) del artículo 15.1 LCC. De hecho, numerosas sentencias de Audiencias Provinciales, que han conocido de supuestos de vinculación contractual, han entendido que el artículo 15 LCC no resulta aplicable por no concurrir el requisito de la exclusividad (18).

¿Pueden considerarse los contratos de enseñanza con Opening y de préstamo contratos vinculados «al margen» de la LCC? Para ello es necesario que el préstamo se haya obtenido debido a la colaboración planificada entre prestamista y proveedor del bien o servicio. Hay colaboración planificada cuando el vendedor colabora con el prestamista de cualquier modo (ya sea suministrándole los formularios de solicitud del préstamo, ya sea poniendo en contacto al comprador con el prestamista, o de cualquier otra forma) para facilitar al comprador la adquisición de un bien con pago a plazos, o cuando prestamista y vendedor desarrollan una actividad conjunta con el fin de introducir al consumidor en la operación. El financiador muestra su disponibilidad a conceder crédito a los clientes del vendedor, en tanto que este último presentará a aquél a sus propios clientes que pretendan realizar una adquisición a plazos, o colaborará con él de cualquier otro modo. El crédito se concede, por lo tanto, debido a la existencia de relaciones comerciales de cooperación entre ambos empresarios que denotan el interés mutuo en la realización de programas de concesión de crédito al consumo.

Aunque lo normal es que la colaboración planificada entre prestamista y proveedor del bien o servicio sea producto de un acuerdo escrito celebrado entre ambos, también cabe que este pacto sea oral. O incluso puede irse más lejos, afirmando que lo verdaderamente importante no es la existencia de un

(17) STS de 16 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1264) y de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3926).

(18) Por ejemplo, SAP de Guipúzcoa, de 10 de junio de 1998 (AC 1998, 7991); SAP de León, de 5 de julio de 2000 (*El Derecho*, 2000, 68510); SAP de Lleida, de 8 de junio de 2001 (*El Derecho*, 2001, 34951).

acuerdo, sino la efectiva colaboración de ambos para permitir al consumidor la adquisición a plazos del bien o servicio; la cooperación implica, necesariamente, un pacto previo entre ambos. Si prestamista y vendedor han celebrado un acuerdo marco en el que se regule con claridad la fórmula de colaboración entre ambos, es evidente que el consumidor, en la inmensa mayoría de los casos, por no decir en la totalidad, es ajeno no sólo al contenido de este convenio, sino a su propia existencia, que difícilmente va a poder llegar a conocer. Por eso, tanto en el supuesto de que efectivamente exista ese acuerdo previo, como cuando la cooperación tenga su origen en una duradera relación negocial de hecho, la colaboración debe descubrirse mediante los indicios. Se trata de indicios de colaboración, de criterios indicadores de la colaboración planificada, todos ellos de carácter objetivo.

Los indicios de colaboración están referidos a circunstancias relacionadas con la conclusión de los contratos. Pueden considerarse indicios adecuados, entre otros, los siguientes: cada uno de los documentos contractuales menciona al otro contrato; el vendedor está en posesión de los impresos de solicitud de préstamo y los ofrece al comprador que accede a su establecimiento comercial para comprar un bien; el prestamista renuncia a un contacto directo con el consumidor, negociando éste únicamente con el vendedor; el prestamista hace uso de formularios contractuales especialmente diseñados para la financiación de otros contratos; o la responsabilidad que el vendedor asume de algún modo (por ejemplo, fianza) respecto a la obligación del consumidor de restituir el préstamo recibido. Todos estos hechos constituyen síntomas suficientes para afirmar la colaboración.

Así lo han entendido también algunas sentencias de Audiencias Provinciales. Así, la SAP de Huelva, de 29 de septiembre de 2000 (19), deduce la existencia de vinculación del hecho de que el consumidor no ha tenido contacto directo con el prestamista. En términos similares se expresan la SAP de Valencia, de 4 de diciembre de 2000 (20); SAP de Madrid, de 16 de diciembre de 2000 (21), y SAP de Huelva, de 9 de julio de 2001 (22). La SAP de Barcelona, de 22 de octubre de 2001 (23), la deduce de que el propio consumidor realiza la solicitud de crédito ante el vendedor en un impreso de la empresa del vendedor. La SAP de Gerona, de 26 de noviembre de 2001 (24), deduce la vinculación de indicios objetivos; por ejemplo, que el contrato de préstamo se formalizó ante un agente comercial del prestador de servicios («Home English»), sin la presencia de ningún agente del pres-

(19) AC, 2001, 546.

(20) *El Derecho*, 2000, 62666.

(21) AC, 2001, 895.

(22) *El Derecho*, 2001, 44104.

(23) *El Derecho*, 2001, 54355.

(24) AC, 2002, 128.

tamista. Un argumento similar se utiliza en la SAP de Madrid, de 16 de diciembre de 2001 (25). La SAP de Huesca, de 22 de marzo de 2002 (26), la deduce de que fueron los dependientes de la academia (Centro Adam 2000) quienes llevaron los impresos de solicitud del préstamo a la sucursal del banco. Por último, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Albacete, de 26 de marzo de 2002 (27), deduce la vinculación del hecho de que en la oferta de contrato realizada por el vendedor aparece la entidad financiera como partícipe de la operación, como «socia» del vendedor.

Lógicamente, no es necesario que concurren simultáneamente todos o algunos de estos indicios. Normalmente, la mera presencia de uno de ellos es suficientemente indicativa de la colaboración planificada.

Hay otros hechos que, sin embargo, no son indicios de una colaboración planificada. Así sucede, por ejemplo, con la constitución a favor del prestamista de un derecho de garantía sobre la cosa comprada, para asegurar de este modo el cumplimiento por el consumidor de su obligación de reembolso del crédito (por ejemplo, si se garantiza con una reserva de dominio). Tampoco es significativo el hecho de que el importe neto del crédito obtenido sea de una cuantía similar al precio de la compra o al precio pendiente de pago, en el caso de que el consumidor ya haya pagado parte del mismo. Ambas circunstancias también pueden concurrir, como muestra la práctica cotidiana, cuando el consumidor se procura un crédito por su cuenta. De ahí que no sirvan como criterios definitorios de la colaboración planificada. Lo mismo se predica del hecho de que el dinero del préstamo se transfiera directamente, por orden del consumidor, desde la entidad financiera a una cuenta corriente del vendedor. Se trata más bien de una modalidad técnica de realizar un pago, conectada con el servicio de caja que las entidades bancarias ofrecen. En los créditos que el comprador obtiene por su cuenta y riesgo también con frecuencia se produce la transmisión directa del dinero del prestamista al vendedor.

En el caso que se analiza es innegable que en la mayoría de los casos existe vinculación contractual, pues concurren varios indicios de colaboración. Por una parte, son muchos los supuestos en los que el alumno de Opening no ha tenido un contacto directo con el prestamista que le concede el préstamo. Sólo se ha relacionado con la academia Opening, pues ha sido un agente de ésta quien le ha facilitado los impresos de solicitud del préstamo que obraban en su poder. Por otra parte, en ocasiones los modelos del contrato de préstamo han sido especialmente diseñados para la financiación de los contratos de enseñanza de Opening, según consta en el propio formu-

(25) AC, 2001, 895.

(26) AC, 2002, 368.

(27) AC, 2002, 723.

lario. Estos indicios son más que suficientes para concluir que ambos contratos están vinculados, si bien se trata de vinculación «al margen» de la LCC. Evidentemente, si no existe ningún indicio de colaboración, no podrá afirmarse que el préstamo se ha obtenido debido a la cooperación planificada entre prestamista y academia de enseñanza. Se tratará, más bien, de un préstamo que el alumno se ha procurado «por su cuenta», por lo que en ningún caso las vicisitudes del contrato de enseñanza podrán afectar al contrato de préstamo.

5. LA RESPONSABILIDAD DEL PRESTAMISTA EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE OPENING

Ante el incumplimiento de Opening, el alumno podrá ejercitar contra esta entidad los derechos que conforme a derecho le corresponden. En este sentido, podrá reclamar el exacto cumplimiento o la resolución del contrato, en los términos expuestos al analizar el Modelo 1. Pero también podrá acogerse al artículo 15 LCC, que atribuye al prestamista una determinada responsabilidad en la hipótesis de incumplimiento del proveedor de bienes o servicios, siempre que los contratos estén vinculados. Cuando el proveedor incumple, el consumidor está autorizado para ejercitar contra el prestamista los mismos derechos que tiene frente al proveedor incumplidor, siempre que concurren los presupuestos que se establecen en ese precepto. De este modo se traslada al prestamista el riesgo de incumplimiento e insolvencia del proveedor.

El artículo 15 LCC no enumera los derechos que el consumidor puede utilizar contra el prestamista, puesto que se limita a establecer que aquél puede ejercitar contra éste los mismos derechos («esos mismos derechos») que tiene frente al proveedor de bienes o servicios. Esta amplia alusión permite entender que el consumidor puede ejercitar sus derechos contra el prestamista tanto por vía de excepción como de acción. La averiguación de cuáles son estos derechos debe seguir el siguiente procedimiento. En primer lugar, hay que determinar qué derechos tiene el consumidor contra el proveedor incumplidor, cuestión ésta de difícil solución en nuestro Derecho, habida cuenta de la diversa e incompleta regulación que existe sobre el particular. Más que de derechos presentes, hay que analizar qué derechos *tendría* el consumidor contra el proveedor de haber celebrado una bilateral venta a plazos (hay que partir de esa situación jurídica hipotética). En segundo lugar, procede analizar cuáles de estos derechos, que el consumidor ostenta contra el proveedor, pueden ser ejercitados contra el prestamista *ex* artículo 15 LCC.

No resulta fácil determinar qué concretos derechos puede ejercitar el consumidor contra el prestamista. Dada la amplitud con la que está redactado el

artículo 15 LCC, cabe admitir que el consumidor podrá ejercitar los siguientes derechos: *a)* el derecho a suspender el pago de los plazos de amortización; *b)* el derecho a la reducción del importe del préstamo en la misma cuantía en que disminuye el precio del bien o servicio tras el ejercicio exitoso contra el proveedor de la acción estimatoria, o a recibir del prestamista la diferencia en que se reduce el precio del bien; *c)* la pretensión de cumplimiento (entrega, reparación o sustitución), y *d)* el derecho a la devolución del precio del bien o servicio tras la resolución del contrato de adquisición del bien o prestación del servicio. En estos dos últimos casos el prestamista responde como fiador de la obligación del proveedor de cumplir el contrato y de devolver el precio del bien tras su resolución. No cabe, sin embargo, exigir al prestamista los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del proveedor. Todo esto para los contratos vinculados «en» la LCC.

En los contratos vinculados «al margen» de la LCC, que es la hipótesis que concurre en el caso Opening, el consumidor sólo puede ejercitar el derecho a suspender el pago de los plazos de amortización y el derecho a obtener una reducción del importe del préstamo tras la previa disminución del precio del bien o servicio. En cambio, carece del derecho a exigir al prestamista el cumplimiento del contrato de compraventa o prestación de servicio, o a reclamarle la devolución del precio tras la resolución del contrato de consumo. Pues en estos casos el prestamista actúa como fiador. Y en ausencia de una normativa concreta que considere al prestamista como garante, no puede calificarse como tal.

Para que el consumidor pueda dirigirse contra el prestamista, es preciso que se satisfagan dos presupuestos. El primero de ellos es que el proveedor haya incumplido su obligación [art. 15.1.d) LCC]. Es decir, que Opening no haya cumplido las obligaciones que derivan del contrato de enseñanza. El segundo presupuesto es la existencia de una previa reclamación insatisfactoria del consumidor contra el proveedor incumplidor [art. 15.1.e) LCC]. El consumidor sólo puede ejercitar derechos contra el prestamista cuando previamente ha reclamado frente al proveedor (Opening), y esta reclamación ha resultado insatisfecha. La reclamación previa puede ser judicial o extrajudicial.

Cuando se satisfacen estos dos presupuestos, tiene vía libre para ejercitar derechos contra el prestamista. Como se ha señalado, puede utilizar dos derechos:

A) El derecho a suspender el pago de los plazos. Una vez que la reclamación previa al proveedor es insatisfactoria, el alumno puede suspender el pago de los plazos al prestamista. Este derecho puede oponerlo tanto extrajudicialmente como judicialmente, caso de ser demandado por el prestamista. El consumidor podrá suspender el pago hasta que el vendedor cumpla correctamente su obligación. Si el vendedor cumple, el consumidor tiene que abonar todos los plazos cuyo pago suspendió, pero sin intereses

de demora, y continúa obligado a satisfacer los plazos que venzan en el futuro. En mi opinión, antes de suspender el pago al prestamista, el consumidor tiene que notificarle su intención de hacerlo. Se trata de un requisito exigido por la buena fe. Pues si hubiera celebrado un contrato a plazos con el proveedor, y éste incumple, también tendría que notificarle a éste su intención de suspender el pago, antes de hacerlo.

B) El alumno puede también ejercitar contra Opening una demanda en la que solicita que se declare la reducción del precio del contrato, debido a que, al haber prestado la academia de enseñanza menos servicios de los pactados, debe considerarse que el precio ha disminuido. Después tratará de trasladar al contrato de préstamo esa disminución, persiguiendo que éste se reduzca en la misma cuantía en que disminuyó el precio del contrato de enseñanza. El procedimiento habitual consistirá en demandar a Opening y al prestamista, solicitando que se dicte sentencia en la que se declare reducido el precio del contrato de enseñanza, y una disminución semejante del importe del préstamo. Por ejemplo, si el préstamo era de 1.000 euros, y eso era también el precio del contrato de enseñanza, si el precio de éste se reduce a 800 euros, el alumno puede conseguir, mediante el procedimiento que ahora se comenta, que el importe del préstamo se reduzca también a 800 euros. La rebaja de la cuantía del préstamo puede afectar al consumidor de dos modos, a su elección: reducción del número de plazos de amortización (manteniéndose su cuantía), o reducción de la cuantía de los plazos (sin afectar al número de plazos). Esta última posibilidad es la que más le beneficia.

Hemos comprobado cómo el incumplimiento del proveedor de bienes o servicios puede afectar al contrato de préstamo a él vinculado. Y le afecta de tal modo que la resolución del contrato de adquisición del bien o servicio puede provocar la resolución del contrato de préstamo en los términos en que se expondrá en el siguiente apartado. Si ello es así, conviene ahora analizar la validez de la cláusula de exclusión de responsabilidad que se incluye en algunos contratos de préstamo. Una cláusula de este tipo existe en algunos de los préstamos que sirven para financiar el curso de enseñanza en Opening. La cláusula tipo suele tener el siguiente texto: «El presente contrato de préstamo es ajeno e independiente de la operación mercantil que el prestatario ha concertado con el establecimiento comercial para la adquisición de bienes o servicios, así como de las incidencias o responsabilidades derivadas de tal operación, obligándose el prestatario a satisfacer puntualmente las cuotas y demás conceptos a que se refiere el presente contrato».

Si estuviéramos en presencia de contratos vinculados «en» la LCC, y en consecuencia, fueran de aplicación los artículos 14.2 y 15 LCC, semejante cláusula sería nula de pleno derecho. La razón estriba en que la citada cláusula es contraria a los artículos 14.2 y 15 LCC, y según el artículo 3

LCC, no serán válidos, y por tanto se tendrán como no puestos, las cláusulas y pactos establecidos en el contrato de préstamo que sean contrarios a lo dispuesto en la citada ley. Tal razonamiento, sin embargo, no es válido para la hipótesis que se analiza, en la que hay contratos vinculados «al margen» de la LCC, y por tanto, no son aplicables los artículos 14.2 y 15 LCC. En este supuesto hay que considerar que la citada cláusula contractual es abusiva por imponer una renuncia a un derecho del consumidor (cláusula 14 de la Disposición Adicional 1.^a LCU), en concreto al derecho a resolver el contrato de préstamo tras la resolución del contrato de enseñanza. Es abusiva por causar, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en los términos expuestos en el artículo 10.bis de la Ley 26/1984.

6. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ENSEÑANZA Y POSTERIOR RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO. TRATAMIENTO SUSTANTIVO Y PROCESAL

Una efectiva protección de los alumnos reclamantes puede conseguirse mediante la resolución del contrato de enseñanza, por incumplimiento de la academia Opening, seguida de la posterior ineficacia del contrato de préstamo.

Es innegable que ha habido un incumplimiento esencial de la academia de inglés Opening. Esta queda obligada a tener abiertas sus instalaciones durante un determinado horario, a poner a disposición de los alumnos los medios materiales e informáticos existentes en su sede, y a llevar a cabo la prestación del servicio pactado. Desde el momento en que se produce el cierre de ésta y de las demás sedes de la academia, a causa de la suspensión de pagos, es evidente que tales obligaciones no pueden cumplirse adecuadamente. Ante tal incumplimiento, el alumno puede resolver el contrato, bien extrajudicialmente, bien judicialmente (mediante el ejercicio de la acción prevista en el art. 1.124 del Código Civil).

¿Puede influir de algún modo la resolución del contrato de enseñanza en el contrato de préstamo? La respuesta ha de ser afirmativa. Pero no porque así lo disponga el artículo 14.2 LCC, precepto que no resulta de aplicación, pues no estamos en presencia de contratos vinculados «en» la LCC, sino que la vinculación se produce «al margen» de la LCC. La solución hay que buscarla en la teoría de la causa. El consumidor estipula los dos contratos con el único fin de realizar un curso de inglés en Opening. Como no dispone del dinero suficiente con el que abonar el precio, celebra un contrato de préstamo para obtener el capital que precisa. La colaboración planificada existente entre prestamista y Opening indica que ambas personas conocen

perfectamente cuál es la finalidad concreta del préstamo, que no es otra que servir para financiar, total o parcialmente, el precio de la compraventa. De hecho, son conscientes de que el consumidor celebra el contrato crediticio *únicamente* porque necesita ese dinero para poder realizar ese curso de preparación. Se produce así una causalización de este particular motivo, que constituye lo que se ha denominado «causa concreta» del contrato. De este modo, en la causa de este contrato de préstamo hay que incluir ese motivo concreto. Así, y al margen de la causa típica del contrato de préstamo (entrega de una cantidad de dinero a cambio de su devolución a plazos), también entra a formar parte de la causa la eficacia del contrato de enseñanza, por cuanto que la finalidad del préstamo es servir a la preparación del curso en esa concreta academia.

La resolución del contrato de enseñanza dará lugar a la ineficacia del contrato de préstamo. Ahora bien, ¿qué tipo de ineficacia es la que afecta al contrato crediticio? En principio, podría pensarse que la solución más acertada es decretar la nulidad del contrato de préstamo por falta de causa. En efecto, como se trata de un negocio financiado, forma parte de la causa del contrato de préstamo, no sólo «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte» (art. 1.274 del Código Civil), sino también la existencia y eficacia del contrato de enseñanza, en tanto que motivo causalizado. Por lo tanto, el negocio jurídico crediticio queda sin causa cuando se produce la ineficacia del contrato de enseñanza, lo que origina la nulidad del contrato. Sin embargo, esta interpretación no es del todo acertada, ya que la validez o nulidad de un contrato ha de determinarse en el momento de la perfección del mismo, y en ese instante concurren los requisitos esenciales de la existencia del contrato (consentimiento, objeto y causa, según el art. 1.261 del Código Civil); de ahí que el contrato de préstamo se perfeccione sin ningún problema y comience a producir sus efectos. Lo que sucede es que posteriormente ese contrato deja de tener una causa, al devenir ineficaz el contrato de enseñanza. Se produce, de este modo, una «falta sobrevenida de la causa», cuestión que, a pesar de su lógico enlace con problemas causales, debe ser analizada en relación con la figura de la resolución contractual. Por tanto, la desaparición del contrato de enseñanza da lugar a una pérdida sobrevenida de la base del contrato crediticio, a una supresión de la base del negocio, quedando en consecuencia el consumidor autorizado para resolver este contrato (28).

(28) R. BERCOVITZ, «Comentario al artículo 44», en R. BERCOVITZ/J. LEGUINA (coord.), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 723, afirma: «La resolución del contrato de crédito deriva de la desaparición sobrevenida de la base del mismo o causa del mismo», que es el contrato de compraventa. Por su parte, M. PASQUAU LIAÑO, «Comentario al artículo 44», en J. L. PIÑAR MAÑAS/E. BELTRÁN SÁNCHEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación*

En consecuencia, la ineficacia de la compraventa permite la resolución del contrato de préstamo. Pero es que el propio legislador ha admitido expresamente en otros supuestos de vinculación contractual que el contrato de préstamo puede ser extinguido mediante la acción resolutoria. Así, en materia de ventas a distancia, el desistimiento de la compraventa implicará la «resolución» del contrato de préstamo (art. 44.7 LOCM); en sede de venta a plazos, el desistimiento de este contrato provocará que se dé «por resuelto» el contrato de financiación (art. 9.2, párr. 2 LVPBM); por otra parte, los préstamos concedidos al adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno «quedarán resueltos» cuando éste desista o resuelva el contrato de adquisición del derecho de aprovechamiento por turno (art. 12, párr. 1 LDAT). También en materia de leasing, la resolución del contrato de compraventa autoriza al arrendatario financiero a resolver el contrato de arrendamiento financiero (29). A pesar de la expresión utilizada por estas leyes, la resolución del préstamo no es automática. Se trata más bien de un derecho que tiene reconocido el consumidor, y que él puede utilizar si lo desea.

Por otra parte, existen numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que sancionan la ineficacia del préstamo, tras la resolución del contrato de consumo; y ello con independencia de que exista o no la «exclusividad» a que alude el artículo 15.1.b) (muchas de las sentencias eluden incluso el requisito de la «exclusividad») (30).

En cuanto al tratamiento procesal de esta materia, lo normal es que el consumidor solicite la resolución de los dos negocios jurídicos, demandando conjuntamente a prestamista y academia de inglés. Sin embargo, es posible que ambas pretensiones estén separadas temporalmente. Conviene analizar por separado estas dos hipótesis:

- a) El consumidor puede pretender únicamente la resolución del contrato de enseñanza. Puede resolverlo extrajudicialmente; pero si la

del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria, Madrid, Civitas, 1997, pág. 346, entiende que la explicación técnica de esta repercusión de la ineficacia del contrato financiado sobre el préstamo viene de la mano de la idea de conexión funcional: «Decaída la eficacia del contrato principal, queda desprovisto sobrevenidamente de causa el contrato instrumental de crédito, lo que será causa de su resolución».

(29) STS de 16 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1264) y de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3926).

(30) Por ejemplo, SAP de Granada, de 22 de octubre de 1994 (AC 1994, 2424); SAP de Granada, de 29 de junio de 1998 (AC 1998, 5977); SAP de Vizcaya, de 12 de febrero de 1999 (AC 1999, 617); SAP de Zaragoza, de 16 de febrero de 1999 (AC 1999, 7206); SAP de Sevilla, de 19 de abril de 1999 (AC 1999, 6186); SAP de Valencia, de 10 de junio de 1999 (*El Derecho*, 1999, 22372); SAP de Valencia, de 4 de diciembre de 2000 (*El Derecho*, 2000, 62666); SAP de Vizcaya, de 5 de enero de 2001 (AC 2001, 130); SAP de Valencia, de 19 de febrero de 2001 (*El Derecho*, 2001, 4999); SAP de Barcelona, de 22 de octubre de 2001 (*El Derecho*, 2001, 54355).

academia se niega a cumplir voluntariamente las obligaciones liquidatorias que derivan de esta resolución, el consumidor tendrá que exigírselo judicialmente. Una vez resuelto el contrato de enseñanza, el consumidor podrá resolver el contrato de préstamo. El ejercicio de este derecho de resolución puede producirse, como es regla común con este derecho, de manera extrajudicial o judicial. Si se ejercita extrajudicialmente, pero el prestamista discute acerca de su viabilidad o se niega a cumplir las obligaciones liquidatorias, el consumidor tendrá que acudir a la vía judicial para que se declare en sentencia que la resolución extrajudicial estaba bien hecha. En cualquier caso, y con relación a si es necesaria la presencia de la academia de enseñanza en ese proceso iniciado por el consumidor contra el financiador, conviene hacer una distinción. En primer lugar, si el contrato de enseñanza se ha resuelto extrajudicialmente, el prestamista puede oponerse a la acción judicial ejercitada por el consumidor mediante el recurso a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. En segundo lugar, si el contrato de enseñanza ya ha sido declarado resuelto por los tribunales, el prestamista no podrá oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, pero la decisión judicialmente acordada en torno a la resolución del contrato de enseñanza no es para él cosa juzgada, puesto que no intervino en ese proceso (art. 222.4 LEC).

- b) Lo habitual, por tanto, y sin duda lo más recomendable para el consumidor, es que demande conjuntamente al prestamista y a la academia de inglés, solicitando la resolución de los dos contratos. La admisión por el tribunal de la resolución del contrato de enseñanza es condición indispensable para poder resolver el contrato de préstamo. Pero si se declara resuelto el contrato de enseñanza, el prestamista no podrá evitar que el contrato crediticio sea igualmente resuelto, salvo que acredite que no existe colaboración planificada entre él y la academia de enseñanza.

7. LA LIQUIDACIÓN DE LOS DOS CONTRATOS TRAS LA RESOLUCIÓN

En cuanto a la liquidación de los contratos, la Ley 7/1995 no introduce ninguna novedad en particular. El artículo 9 hay que interpretarlo en el sentido de que, una vez decretada la ineficacia del contrato de crédito, «las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas», lo que debe entenderse, no como la necesidad de restituir, siempre y en todo caso, las prestaciones ejecutadas, sino como la imposibilidad de incluir cláusulas contractuales que modifiquen, en perjuicio del consumidor, el régimen ju-

rídico de liquidación contractual que legalmente corresponda; tales cláusulas serán, por tanto, nulas.

La regla general en Derecho español es que tras la resolución de un contrato, tendrá que liquidarse entre quienes lo estipularon. Así, el contrato de préstamo se liquida entre prestamista y consumidor: éste devolverá el importe del préstamo, y aquél restituirá los plazos de amortización ya abonados. En cuanto al contrato de enseñanza de inglés, que es un contrato con pago al contado, la resolución no tiene plenos efectos retroactivos. Por eso, Opening no tiene que restituir la parte del precio correspondiente a los servicios adecuadamente prestados por ella y disfrutados por el alumno. Podrá retener del precio pagado la cantidad proporcional al tiempo en que cumplió adecuadamente el contrato, y deberá restituir el importe proporcional al tiempo en que deja de cumplir su obligación.

Este modo de realizar la liquidación de los contratos perjudica gravemente al alumno, en comparación con aquel otro que haya celebrado ese contrato de enseñanza pactando su pago a plazos (sin intervención de un tercero financiador). Así sucede especialmente en el supuesto de que la academia de inglés sea insolvente, como ocurre en el caso de Opening. En el caso de que el contrato de enseñanza sea un contrato con aplazamiento en el pago, si el alumno resuelve, la liquidación se produce del siguiente modo: el alumno no puede solicitar la restitución de todos los plazos ya abonados, sino, en su caso, sólo de aquellas cantidades que se correspondan con servicios no prestados. Si coinciden el número de meses en que se presta el servicio y el número de pagos mensuales en que se abona el precio, la resolución no da lugar a liquidación alguna, pues todos los pagos realizados por el alumno constituyen la contraprestación de los meses en que la academia prestó sus servicios correctamente. En consecuencia, el alumno soporta el riesgo de insolvencia de la academia en la cuantía de las cantidades pagadas que exceden de los servicios efectivamente prestados, pues son la parte del precio que el alumno no podrá recuperar de la academia. En el caso de contratos vinculados, en cambio, la insolvencia de la academia es más lesiva para el consumidor, al ser el contrato de enseñanza, en este caso, un contrato con pago al contado. Por eso, el consumidor no podrá recuperar de la academia de inglés la parte del precio que excede de la parte proporcional correspondiente a los servicios prestados; pero, sin embargo, deberá restituir al prestamista el importe del préstamo, como obligación que le incumbe tras la resolución del contrato crediticio. Resulta, en consecuencia, que el consumidor va a soportar el riesgo de insolvencia de la academia en una cuantía superior: en la parte del precio que excede de los servicios efectivamente prestados. Una adecuada protección del consumidor ha de conducir al establecimiento de medidas que hagan que la liquidación de los contratos se produzca de tal modo que el consumidor no pierda, en caso de insolvencia

de la academia de inglés, más de lo que perdería de haber celebrado con la academia un contrato bilateral con aplazamiento en el pago.

Veamos un ejemplo (Ejemplo A). Contrato de inglés con Opening con precio total de 1.000 euros y una duración de diez meses. Se pacta el aplazamiento del resto en diez mensualidades, cada una de ellas de 100 euros. Cuando han transcurrido cuatro meses, Opening se declara en suspensión de pagos y cierra sus locales. El alumno resuelve el contrato. La resolución tiene efectos liberatorios, pero no restitutorios, pues el alumno ha disfrutado cuatro meses de enseñanza de inglés (un 40 por 100 de la duración total), y ha pagado la parte proporcional a esos cuatro meses (ha abonado un 40 por 100 del precio total). En este caso, la insolvencia de la academia no afecta al alumno, pues tras la resolución éste no tiene derecho a recuperar cantidad alguna de Opening.

La situación es diferente si esa misma operación se articula mediante contratos vinculados. El precio del contrato de enseñanza con Opening se abona al contado. Esos 1.000 euros los obtiene el alumno de un préstamo concertado con un prestamista, quedando obligado a restituirlo en diez plazos mensuales de 100 euros cada uno (más los intereses pactados). Si a los cuatro meses se resuelven los dos contratos, la liquidación se producirá del siguiente modo: el alumno tiene derecho a recuperar de Opening 600 euros (el 60 por 100 del precio), que es la parte del precio correspondiente a servicios no prestados. Y debe devolver al prestamista el importe del préstamo (1.000 euros), pudiendo recuperar de él los plazos abonados (400 euros). Tras la oportuna compensación de créditos, resulta que debe devolver al prestamista 600 euros. En consecuencia, la insolvencia de la academia de inglés afecta aquí gravemente al alumno, pues no podrá recuperar de Opening 600 euros, y además tendrá que devolver al prestamista otros 600 euros.

Imagínese que en el ejemplo citado el cierre de Opening se produce cuando sólo ha transcurrido un mes desde la celebración de los contratos. Si hubiera celebrado un único contrato con pago a plazos, tras la resolución el alumno no tendría derecho a recuperar nada (pues pagó el 10 por 100 del precio y disfrutó del 10 por 100 de los servicios). En cambio, si ha celebrado contratos vinculados, y resuelve los dos, tiene derecho a recuperar de Opening 900 euros (pagó el 100 por 100 del precio y sólo ha disfrutado del 10 por 100, por lo que debe restituirse el 90 por 100 del precio, que suma esos 900 euros), y tendrá que restituir al prestamista 900 euros (la diferencia entre el importe del préstamo recibido —1.000 euros— y el único plazo de amortización ya abonado —100 euros—). Si hubieran transcurrido nueve meses, la solución sería como sigue. Si celebró un único contrato (con Opening) con pago a plazos, la resolución no tiene efectos restitutorios (pues pagó el 90 por 100 del precio y disfrutó del 90 por 100 de los servicios). Si celebró contratos vinculados y resuelve los dos contratos, tiene derecho a

recuperar de Opening 100 euros (pagó el 100 por 100 del precio y ha disfrutado del 90 por 100 de los servicios, por lo que puede recuperar el 10 por 100 del precio, que suma la cantidad de 100 euros), y tendrá que restituir al prestamista 100 euros (la diferencia entre el importe del préstamo recibido —1.000 euros— y los plazos de amortización ya abonados —900 euros—).

En conclusión, a pesar de que desde el punto de vista económico ambas operaciones son similares para el alumno, desde el punto de vista jurídico, su situación es mucho más gravosa si ha celebrado contratos vinculados. Pues, tras la resolución de los dos contratos, no podrá recuperar de Opening parte del precio, y además se verá obligado a restituir al prestamista parte del préstamo. Por otra parte, de los ejemplos citados se infiere claramente que la desprotección del alumno es directamente proporcional a la parte del contrato de enseñanza que haya sido satisfactoriamente ejecutada por Opening. Cuantos menos meses haya cumplido Opening su contrato, más desprotegido está el alumno (pues soporta el incumplimiento y la insolvencia de Opening en mayor medida). En efecto, su situación es peor cuando Opening incumple al mes de celebrado el contrato que cuando incumple a los nueve meses.

Veamos otro ejemplo (Ejemplo B). Las condiciones de un contrato de enseñanza con Opening son las siguientes: el precio es de 1.000 euros, quedando obligado a pagarlo en diez plazos mensuales de 100 euros cada uno; los servicios de enseñanza se prestan durante veinte meses. Si Opening cierra sus locales cuando han transcurrido ocho meses, y el alumno ejercita y obtiene la resolución, resulta que hasta ese momento ha pagado el 80 por 100 del precio, pero sólo ha disfrutado del 40 por 100 del curso. Por lo tanto, tiene derecho a obtener la devolución de parte del precio satisfecho, en proporción a la prestación de servicios no recibida. En este caso, podría reclamar a Opening la devolución de 400 euros (quedándose así la empresa con otros 400 euros, que suman el 40 por 100 del precio total).

Imaginemos que esta misma operación se hubiera concertado mediante contratos vinculados, concediendo el prestamista un préstamo de 1.000 euros a devolver en diez meses. Si a los ocho meses se resuelve el contrato de enseñanza y también el de préstamo, el alumno podrá reclamar a Opening la devolución de 600 euros (al precio total pagado, 1.000 euros, hay que descontar el 40 por 100, que es la parte proporcional de los servicios disfrutados). Si Opening es insolvente no podrá el alumno recuperar esa cantidad, pero además, como consecuencia de la resolución del préstamo, debe restituir al prestamista 200 euros (al importe del préstamo, 1.000 euros, hay que restar los ocho pagos de 100 euros ya realizados). La diferencia con respecto al supuesto de único contrato bilateral con aplazamiento en el pago es evidente. Aquí sufriría la insolvencia de Opening en 400 euros, mientras que de tratarse de un negocio financiado por un tercero la sufre en la cuantía de 800 euros.

El legislador de la LCC no fue consciente del déficit de protección del consumidor en la fase de liquidación de los contratos vinculados. Por eso no incluye ninguna disposición específica con esa finalidad. Tal norma sí existe, sin embargo, en una ley posterior, concretamente en la LVPBM, y para un supuesto específico de ineficacia: el desistimiento del contrato de compraventa. Si el consumidor desiste de la compraventa, y resuelve después el contrato crediticio, el prestamista sólo puede pedir la devolución del préstamo al vendedor, y no al consumidor (párrafo segundo del art. 9.2 LVPBM). Por lo tanto, la obligación liquidatoria de devolución del importe del préstamo que surge tras la resolución del contrato de préstamo sólo podrá ejercitarla el prestamista contra el vendedor. Por su parte, el consumidor sólo puede reclamar al vendedor la restitución del desembolso inicial. Esta forma de liquidar el contrato significa que el consumidor va a poder solicitar al vendedor la devolución del desembolso inicial, y al prestamista la restitución de los plazos de amortización satisfechos. De manera que si el vendedor es insolvente, el consumidor sufrirá esa insolvencia en la cuantía del desembolso inicial, y el prestamista en la del importe del préstamo concedido para financiar la adquisición.

El procedimiento liquidatorio establecido en el artículo 9.2 LVPBM ya había sido acogido por parte de la doctrina, antes de la publicación de la citada ley, para la hipótesis de desistimiento en la venta a distancia. En efecto, J. J. MARÍN LÓPEZ y R. BERCOVITZ sostienen, en el supuesto de la venta a distancia financiada por un tercero, que tras la resolución del contrato de préstamo, motivada por el previo desistimiento del contrato de compraventa (antiguo art. 44.1, párr. 2 LOCM, ahora art. 44.7), el prestamista no puede dirigirse al comprador para reclamarle la restitución de la suma prestada, sino que tal petición debe hacerla al vendedor (31). Esta propuesta doctrinal, que carecía

(31) Según J. J. MARÍN LÓPEZ, «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, 1995, núm. 5, pág. 175 y sigs., y «Comentario al artículo 44», en ARIMANY/MANUBENS & ASOCIADOS (coord.), *Ordenación del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Barcelona, Praxis, 1996, pág. 332 y sigs., hay que distinguir en función de que el consumidor tenga todavía en sus manos el importe del préstamo. Si así sucede, «no existe ningún problema particular para que lo reintegre al concedente del crédito una vez rescindido el contrato a distancia». La cuestión es más compleja cuando la suma prestada ha sido entregada al vendedor (bien directamente por el prestamista, bien por el propio consumidor), «pues exigir entonces al consumidor la inmediata restitución del importe del préstamo le perjudica notoriamente, en la medida en que el comprador no sólo se quedará sin la cosa (devuelta al vendedor al ejercitar el derecho de rescisión) y sin el precio pagado (acaso todavía pendiente de devolver por el vendedor a distancia), sino que además tendrá que hacer un desembolso adicional para reintegrar al concedente del crédito el importe del préstamo». Según este autor, «semejante configuración no es de recibo», cuando, como en el caso que nos ocupa, «la concesión del crédito obedece a un “acuerdo previo” entre el prestamista y el

de cualquier apoyo legal en la LOCM, ha sido después expresamente acogida por el legislador en el artículo 9.2 LVPBM para el supuesto diseñado en ese precepto: desistimiento del contrato de compraventa sometido a la LVPBM y posterior resolución del contrato de financiación a él vinculado.

El método de liquidación de los contratos regulado en el artículo 9.2 LVPBM se aplica a los contratos vinculados «al margen» de la LCC, pues el precepto citado no requiere ningún tipo de «exclusividad». Sin embargo, sólo ha sido previsto para el caso de desistimiento de la compraventa, y no para cualquier otro tipo de ineficacia de este contrato. De ello cabe colegir que el artículo 9.2 LVPBM no se aplica a la hipótesis de resolución del contrato financiado y posterior resolución del contrato crediticio. Sin embargo, hay que defender la aplicación analógica del esquema de liquidación diseñado en este precepto a cualquier otro tipo de ineficacia del contrato financiado inimputable al consumidor seguida de la resolución del contrato de préstamo (32), en particular, al caso de resolución del contrato de consumo por incumplimiento del proveedor. Pues si en el supuesto de desistimiento de la compraventa el consumidor soporta el riesgo de insolvencia del vendedor en la cuantía del desembolso inicial, con más razón habrá de soportarlo en esa cantidad cuando la ineficacia del contrato de consumo se produce por una conducta del proveedor (su incumplimiento). Por otra parte, la misma necesidad de protección tiene el consumidor en este supuesto que en el caso de desistimiento.

Aplicando esta forma de liquidar los contratos al supuesto que nos ocupa, resulta que cada alumno de Opening podrá solicitar que se declaren resueltos los dos contratos y reclamar: a la academia de inglés, que le restituya el desembolso inicial o precio de matrícula, si lo hay; y a la entidad de financiación, que le devuelva los plazos de amortización satisfechos. Como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, el consumidor está obligado a restituir a la academia de inglés las prestaciones que ha recibido de ésta; como no es posible la restitución de esta prestación *in natura*, deberá restituir el equivalente económico. Y por último, surge a favor de la entidad de financiación el derecho a reclamar a la academia de enseñanza la devolución del importe del préstamo.

Pongamos algunos ejemplos. Retomemos el Ejemplo A. Se trata de un contrato de préstamo de 1.000 euros, con la obligación de restituirlo en diez

proveedor a distancia». Por eso, entiende que no es el comprador quien está obligado a restituir al prestamista la suma prestada, sino el vendedor. Esta concepción ha sido también acogida por R. BERCOVITZ, «Comentario al artículo 44», en R. BERCOVITZ/J. LEGUINA (coord.), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, cit., pág. 722: «parece lógico que sea el vendedor quien tenga que devolver directamente al tercero financiador el importe de su crédito, en vez de devolverlo al comprador para que éste, a su vez, lo haga al tercero».

(32) M. J. MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada...*, cit., pág. 456.

pagos mensuales de 100 euros cada uno. Con el dinero recibido se paga el precio del contrato de enseñanza en Opening, contrato que tenía diez meses de duración. Cuando han transcurrido cuatro meses, se produce el cierre de Opening, y el alumno resuelve los dos contratos. La liquidación se producirá del siguiente modo. Como consecuencia de la resolución de la compraventa, el alumno debe devolver a Opening el equivalente económico a los cuatro meses en que el servicio se prestó correctamente; esa prestación se valora en 400 euros (la parte proporcional al total del precio). Como consecuencia de la resolución del préstamo, el alumno puede exigir al prestamista la devolución de los plazos de amortización ya satisfechos, lo que suman 400 euros. Por su parte, el prestamista tiene un crédito contra Opening por valor del importe del préstamo (1.000 euros).

La situación en la que quedan las partes es la siguiente: el alumno pagó 400 euros, y disfrutó correctamente de un curso de inglés durante cuatro meses; tras la resolución, recibe 400 euros del prestamista, y debe abonar 400 euros a Opening. El prestamista entregó un préstamo de 1.000 euros y recibió 400 euros en concepto de plazos de amortización; tras la resolución, debe devolver al alumno los 400 euros que éste le entregó, y tiene un crédito contra Opening por el valor del préstamo (1.000 euros). Por su parte, Opening recibió 1.000 euros como precio del contrato de enseñanza, y cumplió su obligación de enseñar inglés durante cuatro meses; tras la resolución tiene derecho a recibir del alumno 400 euros (el valor de los cuatro meses de curso de inglés), y queda obligado a restituir al prestamista el importe del préstamo (1.000 euros). En consecuencia, si Opening es insolvente, ello repercutirá negativamente en el prestamista, pues no podrá recuperar el importe del préstamo (1.000 euros). El riesgo de insolvencia de Opening lo asume el prestamista, y no el alumno.

Adviértase que, conforme al procedimiento de liquidación descrito, el alumno queda en la misma situación que si hubiera celebrado un único contrato con Opening con aplazamiento en el pago. Como ya dijimos más arriba, en este caso el alumno pagó cuatro plazos (400 euros) y recibió cuatro meses de clases de inglés. Si resuelve el contrato, no tiene efectos reparatorios (el alumno se queda como está). Si celebró contratos vinculados llega a una situación similar. Tras la resolución de los dos contratos, el alumno puede recuperar 400 euros del prestamista, y está obligado a restituir a Opening 400 euros (el valor de las clases recibidas durante cuatro meses). Es decir, que se queda en la misma situación. Como puede comprobarse, este proceso liquidatorio es correcto, pues en fase de liquidación de los contratos el consumidor que estipula contratos vinculados es tratado como si hubiera celebrado una contrato a plazos bilateral.

Analícemos ahora el Ejemplo B. En este caso, el contrato de préstamo es de 1.000 euros, y el consumidor se obliga a restituirlo en diez plazos men-

suales de 100 euros cada uno. Con ese dinero paga el precio del contrato con Opening, contrato que dura veinte meses. Cuando han transcurrido ocho meses, Opening cierra sus locales, y el alumno ejercita la resolución de los dos contratos. Siguiendo el esquema liquidatorio citado, el alumno debe restituir a Opening el equivalente económico a los ocho meses de curso correctamente recibido; este equivalente se tasa en 400 euros (si el total del curso eran 1.000 euros, ocho meses, que son un 40 por 100 del tiempo, son 400 euros). Pero el alumno puede recuperar del prestamista los plazos de amortización ya pagados (ocho pagos de 100 euros cada uno; total, 800 euros). En definitiva, tras la resolución, el alumno debe pagar 400 euros, pero recibe 800 euros del prestamista, es decir, que recibe un neto de 400 euros.

Resulta que, si hubiera celebrado un único contrato con Opening, con aplazamiento del precio en diez pagos mensuales, tras la resolución del contrato resultaría que hasta ese momento ha pagado el 80 por 100 del precio (ha pagado 800 euros), pero sólo ha disfrutado del 40 por 100 del curso (sólo ocho de las veinte semanas previstas). Por lo tanto, tiene derecho a obtener la devolución de parte del precio satisfecho en proporción a la prestación de servicios no recibida. En este caso, podría reclamar a Opening la devolución de 400 euros (quedándose así la empresa con otros 400 euros, que suman el 40 por 100 del precio total). Pero como Opening es insolvente, no podría recuperar esa suma.

La conclusión a la que se llega en el Ejemplo B es concluyente: los 400 euros que el alumno no podría recuperar de Opening si hubiera celebrado un único contrato con aplazamiento en el pago, sí podrá recuperarlos en el caso de haber celebrado contratos vinculados. Por lo tanto, la insolvencia de Opening no afecta al alumno, sino al prestamista, que no podrá reintegrarse el importe del préstamo concedido.

Esta tesis viene también corroborada por la jurisprudencia. Lo cierto, sin embargo, es que la mayoría de las sentencias que sancionan la doble ineficacia de los dos contratos no contienen ninguna especialidad en relación con el modo de liquidación de los contratos [SSAP de Vizcaya, de 12 de febrero de 1999 (33); Zaragoza, de 16 de febrero de 1999 (34)].

Algunas sentencias, sin embargo, sí han acogido de un modo u otro este modelo de liquidación. Así, en la sentencia JPI, núm. 10 de Sevilla, de 11 de diciembre de 1998 (inérita), se afirma que «la actora (entidad financiera) habrá en todo caso de reclamar al proveedor (English Today) la devolución de la cantidad que le entregó como consecuencia del contrato de financiación..., pero carece de acción contra el consumidor». En la sentencia JPI, núm. 3 de Albacete, de 15 de diciembre de 1998 (inérita), se desestima la

(33) AC, 1999, 617.

(34) AC, 2000, 21.

demanda del financiador, estableciendo que «busque la actora o reclame allí donde depositó su confianza (el vendedor)». En la SAP de Vizcaya, de 3 de julio de 1996 (35), en la que se establece que «si M (el prestamista) entregó al vendedor la suma de dinero... a él, como único deudor, le podrá reclamar la restitución» (FJ 1.^o). De manera similar, la SAP de Vizcaya, de 14 de enero de 1999 (36), en un caso de desistimiento del contrato de multipropiedad y resolución del contrato de préstamo a él vinculado, sostiene que tras la ineficacia de los dos contratos «existirá un crédito entre la financiadora y “Promotora de Multipropiedad del Valle de Arán” que ésta deberá hacer efectiva a aquélla» (FJ 4.^o). En ambos casos, la restitución del préstamo debe reclamarla el prestamista directamente al proveedor de los bienes o servicios, y no al consumidor. En términos similares se expresa la SAP de Barcelona, de 22 de octubre de 2001 (37), cuando afirma que «debe dirigirse la entidad demandante (prestamista) en todo caso contra el Grupo C (vendedor)» para recuperar el préstamo concedido.

Por último, adviértase que la responsabilidad que se atribuye al prestamista en la hipótesis de incumplimiento del proveedor de bienes o servicios no es desorbitada ni le coloca en una situación excesivamente gravosa. Es más, existen importantes argumentos a favor de atribuir al prestamista (y no al consumidor) el riesgo de incumplimiento e insolvencia del vendedor. En primer lugar, esta es la solución más satisfactoria desde el punto de vista del análisis económico del derecho, pues el prestamista puede asegurar con un menor coste que el consumidor el riesgo de insolvencia del vendedor. Es él quien colabora habitualmente con ese vendedor, y por ello está en mejores condiciones que el consumidor para evaluar su seriedad y solvencia. Además, los costes de prevención o aseguramiento del riesgo que debe sufragar el prestamista son de una cuantía inferior al valor previsto del riesgo. En segundo lugar, ello no implica una mayor carga económica para el prestamista, ya que los costes adicionales que implica la asunción de este nuevo riesgo, trasladados inicialmente al prestamista, retornan a los consumidores en forma de aumento del «precio» del crédito. En tercer lugar, el riesgo de insolvencia del proveedor, y su correspondiente coste económico, no se atribuye en su totalidad al consumidor que ha tenido la desgracia de contratar con un proveedor incumplidor, sino que se distribuye entre todos los consumidores, por lo que podrá ser soportado más fácilmente por cada uno de ellos. En cuarto lugar, se produce una mayor transparencia de la operación, y por derivación, del mercado de crédito al consumo, pues el consumidor podrá conocer mejor los costes y beneficios de la financiación. Y en quinto lugar, la mayor posibili-

(35) AC, 1997, 387.

(36) AC, 1999, 4058.

(37) *El Derecho*, 2001, 54355.

dad de vigilancia y control que la entidad de financiación tiene sobre el proveedor puede influir en el exacto cumplimiento de las obligaciones de este último. El prestamista puede «presionar» al proveedor para que actúe correctamente, cumpliendo con exactitud las obligaciones asumidas frente a los consumidores. Esto contribuirá a prevenir incumplimientos por parte del proveedor y, en última instancia, a expulsar del mercado a aquellos proveedores de bienes y servicios que no cumplan su obligación de entregar un bien conforme a lo pactado o de prestar un servicio correcto.

En conclusión, el alumno debe interponer demanda judicial contra la entidad prestamista y la academia de inglés Opening, en la que solicita: 1) que se declare resuelto el contrato de enseñanza celebrado con la academia Opening, por incumplimiento resolutorio de ésta; 2) que se declare resuelto el contrato de préstamo, ya que al estar los dos contratos vinculados, la resolución de la compraventa provoca la desaparición sobrevenida de la causa del contrato de préstamo, por lo que el alumno queda autorizado para resolverlo; 3) que se condene a la academia Opening a que devuelva al consumidor el desembolso inicial o el importe de la matrícula que, en su caso, abonó el alumno; y 4) que como consecuencia de la resolución del contrato de préstamo, se condene a la entidad prestamista a restituir al alumno los plazos de amortización que éste ya ha satisfecho.

El alumno deberá acompañar a la demanda las pruebas que acrediten el incumplimiento resolutorio de la academia de enseñanza (que le faculta para resolver el contrato) y la colaboración planificada entre academia y prestamista (que le faculta para resolver el préstamo). Con relación a esto último, deberá aludir a los indicios de colaboración planificada, a otras hipótesis de vinculación contractual previstas por nuestro derecho en los que tal conexión no se hace depender de ningún pacto de exclusiva (art. 44.7 LOCM, 12 LDAT y 9.2, párr. 2 LVPBM), así como a la jurisprudencia recaída en materia de contratos vinculados y de leasing, ya citada. En particular, deberá hacer mención a aquellas sentencias que reconocen la aplicación del procedimiento de «liquidación cruzada» previsto en el artículo 9.2 II LVPBM.

CONCLUSIONES

La suspensión de pagos de la academia Opening, y el consiguiente cierre de sus locales, supone un incumplimiento grave de las obligaciones que Opening ha asumido con sus alumnos en el contrato de enseñanza que ha celebrado con ellos.

La averiguación de los derechos de que dispone un alumno de Opening va a depender del tipo de contrato que haya celebrado con esta entidad, y de si todo o parte del precio ha sido financiado por un tercero.

Conviene distinguir varias hipótesis:

1. *Modelo 1: contrato de enseñanza con pago al contado.* En este caso, el alumno estipula un único contrato con Opening: el contrato de enseñanza. El pago del precio se realiza al contado, en el momento de la celebración del contrato.

Ante el incumplimiento de Opening, el alumno dispone de los siguientes derechos:

- Pretensión de cumplimiento. El alumno requiere extrajudicialmente a Opening para que cumpla el contrato, advirtiéndole de que si no cumple en un plazo razonable, se dará por resuelto el contrato.
- Resolución del contrato de enseñanza. El alumno pretende la resolución del contrato, extinguiendo así sus efectos. La resolución también puede llevarse a cabo extrajudicialmente, bien en documento aparte, tras el ejercicio infructuoso del cumplimiento, bien en el mismo escrito en que se requiere el cumplimiento. La resolución extingue el contrato. En cuanto a los efectos restitutorios, estos no se producen en relación a los servicios adecuadamente prestados por Opening y disfrutados por el alumno. Por tanto, como consecuencia de la resolución, el alumno puede solicitar a Opening la devolución de la parte del precio proporcional al tiempo en que Opening no presta sus servicios. La suspensión de pagos de esta academia no impide al alumno interponer una demanda contra Opening reclamando esta cantidad (la sentencia estimatoria que se obtenga no podrá ser ejecutada hasta que no termine el expediente de suspensión de pagos). En todo caso, lo que debe hacer el alumno es solicitar su inclusión en la lista de acreedores para cobrar ese crédito.

2. *Modelo 2: contrato de enseñanza con pago a plazos.* El alumno celebra un único contrato con Opening y se pacta el aplazamiento total o parcial del precio.

Los derechos de que dispone el alumno en este caso son los siguientes:

- Pretensión de cumplimiento. El alumno puede solicitar a Opening el cumplimiento, en los términos expuestos para el Modelo 1.
- Resolución del contrato de enseñanza. Si el alumno declara resuelto extrajudicialmente el contrato, éste se extingue. En consecuencia, desaparecen las obligaciones de las partes derivadas del contrato; en particular, se extingue la obligación de seguir pagando plazos. Por eso, si Opening reclama el cumplimiento al alumno, éste puede oponerse alegando que la obligación de pago se ha extinguido (por resolución del contrato). En cuanto a los efectos restitutorios, el alumno sólo puede pedir, en su caso, la devolución de aquella

parte del precio ya pagada equivalente a los servicios no prestados. La viabilidad de una reclamación de este tipo se ve disminuida por la suspensión de pagos de Opening, conforme a lo dicho en el Modelo 1.

- Derecho a suspender el pago del precio (excepción de cumplimiento). Aun no habiendo declarado resuelto el contrato, el alumno puede suspender el pago del precio, desatendiendo así la reclamación de pago (judicial o extrajudicial) que le formule Opening. Para que pueda utilizar esta excepción, es necesario que el alumno haya comunicado a Opening su intención de suspender el pago, debido al incumplimiento de esta entidad.

3. *Modelo 3: contrato de enseñanza con pago a plazos, y posterior cesión del crédito a un tercero.* El alumno celebra un único contrato con Opening, y se pacta el aplazamiento total o parcial del precio. Después Opening cede su crédito a un tercero (una entidad de crédito), que es quien reclama al alumno los pagos mensuales a medida que van venciendo.

En materia de cesión de créditos rige el principio de no empeoramiento de la situación del deudor cedido. En consecuencia, el deudor cedido podrá hacer valer contra el acreedor cesionario (entidad de crédito) todo aquello que podría haber hecho valer frente al cedente (Opening), de haber seguido siendo éste su acreedor.

Ante el incumplimiento de Opening, el alumno tiene los siguientes derechos:

- Pretensión de cumplimiento. El alumno puede pedir a Opening el cumplimiento en los términos que ya se ha expuesto.
- Resolución del contrato de enseñanza. El alumno puede resolver el contrato con los efectos liberatorios y restitutorios que ya conocemos (ver el Modelo 2). Para que la resolución sea válida, basta con que se formule frente al acreedor cedente (Opening). Aunque es aconsejable que también informe de la resolución al acreedor cesionario (entidad de crédito), para que ésta tenga conocimiento de la resolución, y por consiguiente, de la extinción de la obligación de pago de los plazos por parte del alumno. Frente a la reclamación de pago del cesionario (entidad de crédito), el alumno puede oponer la previa resolución del contrato. Por otra parte, si el alumno, tras la resolución, tiene derecho a recuperar parte del precio, debe dirigir esta reclamación únicamente contra el cedente (Opening), no pudiendo formularla contra el cesionario (entidad de crédito).
- Derecho a suspender el pago del precio (excepción de incumplimiento). Ante la reclamación de pago formulada por el cesionario (entidad de crédito), el alumno puede oponerse al pago, alegando su

derecho a suspender el pago. Y podrá hacerlo aunque no haya resuelto previamente el contrato de enseñanza. Pero para poder suspender el pago es necesario que antes comunique al acreedor cesionario (entidad de crédito) su voluntad a hacerlo a causa del incumplimiento de Opening.

Estos derechos se aplican con independencia de que el contrato de enseñanza esté sometido o no a la Ley de Crédito al Consumo.

4. *Modelo 4: celebración por el alumno de dos contratos vinculados (enseñanza y préstamo).* El alumno celebra dos contratos: uno de enseñanza, con Opening, cuyo precio se paga al contado; y otro de préstamo, con una entidad de crédito, para con el dinero obtenido poder satisfacer el importe del precio del contrato de enseñanza.

En este caso, ante el incumplimiento de Opening, el alumno podrá ejercitar contra dicha entidad todos los derechos que el ordenamiento jurídico le concede. Como se trata de un contrato con pago al contado, podrá utilizar los derechos enumerados en el Modelo 1: pretensión de cumplimiento y resolución del contrato de enseñanza.

Pero además, si los contratos están vinculados, podrá ejercitar determinados derechos contra el prestamista. En el caso que se analiza, no concurren los requisitos necesarios para la vinculación previstos en el artículo 15 LCC; en particular, falta el relativo a la existencia de un acuerdo previo, «concertado en exclusiva», entre prestamista y proveedor. Sin embargo, habiendo colaboración planificada entre prestamista y proveedor, hay que entender que el incumplimiento de Opening autoriza al alumno a ejercitar ciertos derechos contra el prestamista. La colaboración planificada se deduce de criterios objetivos de colaboración: la ausencia de contacto directo entre el alumno y el prestamista, las remisiones mutuas que se contienen en los dos documentos contractuales, etc. En el caso que se analiza, muchos alumnos han obtenido el préstamo de una entidad de crédito debido a la colaboración planificada entre Opening y esa entidad; esto es, debido a que Opening ha actuado como intermediario de la operación crediticia, facilitando su conclusión. En tal caso puede afirmarse que existen contratos vinculados «al margen» de la LCC.

Ante el incumplimiento de Opening, el alumno dispone de dos derechos contra el prestamista: 1) derecho a suspender el pago de los plazos, previa comunicación a la entidad de crédito de su intención de hacerlo; y 2) derecho a obtener una disminución del precio del contrato de enseñanza, disminución que tendrá efectos en el contrato crediticio, en el sentido de que se reducirá el importe del préstamo concedido en la misma cuantía en que se reduce el precio del contrato de enseñanza. Esta reducción del préstamo provocará, a elección del alumno, una reducción del número de

plazos de amortización (manteniéndose su cuantía), o reducción de la cuantía de los plazos (sin afectar al número de plazos). Es necesario que este segundo derecho se articule mediante una demanda judicial en la que son demandados tanto Opening como la entidad de crédito.

Para poder ejercitar alguno de estos derechos, se requiere que Opening haya incumplido sus obligaciones, que el alumno le haya reclamado el cumplimiento, y que esta reclamación sea insatisfactoria [art. 15.1.d) y e) LCC].

Si el alumno resuelve el contrato de enseñanza (por incumplimiento de Opening), también podrá resolver el contrato de préstamo a él vinculado. En tal caso, la liquidación de los dos contratos se producirá de tal modo que no perjudique al alumno. Hay que utilizar por analogía el modelo de liquidación previsto en el artículo 9.2 II LVP, pues la misma necesidad de protección tiene el consumidor en ese caso que en este otro que ahora nos ocupa. La liquidación de cada contrato se produce entre las partes contratantes, con la única salvedad de que el alumno puede reclamar a Opening la devolución del desembolso inicial, si lo hubo, y de que la obligación de restituir a la entidad de crédito el capital de préstamo no incumbe al alumno, sino a Opening.

En consecuencia, si el alumno pretende dejar sin efectos los dos contratos debe obrar del siguiente modo. Interpondrá una demanda contra Opening y la entidad de crédito, solicitando: 1) que se declare resuelto el contrato de enseñanza celebrado con la academia Opening por incumplimiento resolutorio de ésta; 2) que se declare resuelto el contrato de préstamo, ya que al estar los dos contratos vinculados, la resolución de la compraventa provoca la desaparición sobrevenida de la causa del contrato de préstamo, por lo que el alumno queda autorizado para resolverlo; 3) que se condene a la academia Opening a que devuelva al consumidor el desembolso inicial o el importe de la matrícula que, en su caso, abonó el alumno; y 4) que, como consecuencia de la resolución del contrato de préstamo, se condene a la entidad prestamista a restituir al alumno los plazos de amortización que éste ya ha satisfecho. Tras la resolución de los dos contratos, el prestamista no puede reclamar al alumno la devolución del importe del préstamo; esta reclamación sólo puede formularla contra Opening.

De este modo, el riesgo de insolvencia de Opening se traslada del alumno al prestamista, y el alumno queda en la misma situación que si hubiera celebrado un contrato de enseñanza con aplazamiento en el pago (en consecuencia, la celebración de contratos vinculados no perjudica al alumno).

MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha
Manuel.Marin@uclm.es

Los efectos sustantivos de la inscripción y el rol del Registro en la protección del tráfico jurídico inmobiliario (*) (**)

SUMARIO: A MODO DE INTRODUCCION.—1. EFICACIA DE Oponibilidad.—2. EFICACIA LEGITIMATORIA.—3. EFICACIA DE FE PUBLICA REGISTRAL.

A MANERA DE INTRODUCCION

Es valor entendido que todo sistema ideal de transferencia de derechos de propiedad debe asegurar en favor del adquirente su efectiva transmisión y plena protección, basado en un signo objetivo de publicidad (1).

La ausencia o la existencia de un sistema de transferencia de derechos de propiedad imperfecto supone un riesgo potencial de doble venta, con la circunstancia agravante de ser preferido un segundo adquirente que publica su derecho a través del Registro —constituyéndose en «tercero registral» (2)—, con la subsiguiente pérdida del derecho de propiedad del primer adquirente (*versus dominus*).

(*) A don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, amigo, *In Memoriam*.

(**) Ponencia presentada al «XVII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral», celebrado en México (Morelia, Michoacan), del 9 al 14 de marzo de 2003.

(1) AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, *La teoría de la publicidad registral y su evolución* (discurso leído el día 30 de noviembre de 1998 en su recepción pública como Académico de Número y contestación de Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998. El autor, refiriéndose a los derechos reales, señala en una de sus notas a pie de página que «la absolutividad o eficacia *erga omnes* de estos derechos justifica la necesidad de su publicidad como medio técnico para conseguir esa eficacia oponible», pág. 27.

(2) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid-Editorial Civitas, S. A., Tomo I, pág. 53. Según el autor, tercero registral es «aquel

Si bien es cierto que en nuestro medio —como sucede en muchos países de tradición romano-germánica—, el derecho de propiedad inmobiliaria se transmite de manera «consensual» (3), sin embargo, ello no garantiza al adquirente la plena oponibilidad de sus derechos y la eliminación absoluta de la posibilidad de su pérdida ulterior, al no disponer los terceros de mecanismos para conocer y respetar la nueva situación jurídica producida, generándose así «clandestinidad» e incertidumbre social respecto de la titularidad de los derechos reales.

En caso de «incertidumbre social» respecto de las titularidades de los derechos, deberá ser el Registro el llamado a definir las y eliminar así cualquier «riesgo derivado», es decir, frente al problema de la sistemática colisión de derechos existente, el Derecho registral deberá resolver este caos mediante su intervención, estableciendo de manera objetiva e imparcial el orden de los derechos o títulos que concurren, confiriéndoles «rango» («asiento de presentación»).

Un concepto que resulta clave en este sentido es el de «prioridad» (*prior in tempore, potior in iure*: primero en el tiempo, poderoso en el derecho); es decir, el ordenamiento jurídico protegerá a aquel derecho que primero se publicita a través del Registro, confiriéndole plena oponibilidad frente a los demás.

En ese orden de ideas, resulta imprescindible la «publicidad» de los derechos de propiedad a través del Registro (4), constituyendo el mismo la mejor prueba de propiedad, sin que ello lo convierta en constitutivo de derechos (5).

Un sistema registral con fuertes «efectos sustantivos» será un factor importante (no único) para la consolidación de un mercado inmobiliario sólido con seguridad y fluidez en las transacciones, al eliminar la incertidumbre derivada de los posibles conflictos o colisiones de derechos en el ámbito privado (6).

titular registral adquirente de un derecho o situación jurídica en una relación jurídica inscrita, contemplado fuera de su condición de parte, respecto a otra relación jurídica con la que tiene una conexión transversal o lineal, y que no puede quedar afectado o perjudicado por esa otra relación jurídica no inscrita ni por los vicios o defectos de esa dicha relación, que no consten explícitamente en el Registro».

(3) Artículo 949 del Código Civil: «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

(4) Véase, DELGADO SCHEELJE, ALVARO, «La publicidad jurídica registral en el Perú: eficacia material y principios registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, año LXXV, enero-febrero de 1998, núm. 650, pág. 111.

(5) Véase, ARIAS-SCHREIBER, MAX, y CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, *Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo X: Registros Públicos* (con la colaboración de Alvaro Delgado Scheelje), Lima-Gaceta Jurídica Editores, 2001.

(6) Véase, GONZALES LOLI, JORGE, «Seguridad Jurídica y Registros Inmobiliarios: un enfoque desde el análisis económico del derecho», en *Notarius*, Lima-Colegio de Notarios de Lima, 2001.

¿En qué consisten los denominados «efectos sustantivos de las inscripciones»?; efectos que —entre otros—, permiten legitimar al nuevo «titular registral» (adquirente) «a todos los efectos» al presumirse la exactitud e integridad de su derecho, que lo protege incluso frente a supuestos excepcionales de carencia de facultad dispositiva de su transferente o que se prefiera al segundo adquirente que accedió al Registro, en contra del «propietario» que adquirió primero pero que mantiene su derecho en la «clandestinidad».

En el intento de dar algunas respuestas a estas cuestiones y continuando un camino iniciado anteriormente, procederemos a revisar —desde sus aspectos doctrinales y legales—, los tres principales efectos derivados de la inscripción que, en nuestra opinión, traducen el concepto de «efectos benéficos de las inscripciones» en favor del tráfico jurídico inmobiliario: «eficacia de oponibilidad» (art. 2.022 del Código Civil), «eficacia de legitimación» (art. 2.013 del Código Civil), «eficacia de fe pública registral» (art. 2.014 del Código Civil).

1. EFICACIA DE OPONIBILIDAD

Artículo 2.022 del Código Civil:

«Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se tratara de derechos de diferente naturaleza, se aplican las disposiciones del derecho común».

La «oponibilidad» («publicidad efecto», según JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ) es el efecto natural primero de toda inscripción en los «Registros de Seguridad Jurídica» (en contraposición a los «Registros de Información Administrativa»); es decir, una vez inscrito el derecho, en virtud del artículo 2.012 del Código Civil (7), se considera que todos conocen el contenido de los asientos, no pudiendo alegar lo contrario en forma alguna, por lo que los datos registrales les son oponibles plenamente; el artículo 2.022 del Código Civil, además de enfatizar el principio de prioridad, define titularidades.

En contrapartida a la oponibilidad de lo inscrito, el titular registral goza de un privilegio adicional, y es que no puede oponérsele actos no inscritos, es decir, existe la figura de la «inoponibilidad de lo no inscrito», cuyos alcances veremos seguidamente.

(7) Artículo 2.012 del Código Civil: «Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones».

En el Derecho comparado, se refiere al «principio de inoponibilidad de lo no inscrito» en el campo de los derechos reales. GARCÍA GARCÍA define este principio como, aquel «en virtud del cual los títulos de dominio o de derechos reales no inscritos ni anotados en el Registro, no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho en el Registro».

La «oponibilidad» no es simétrica a la «inoponibilidad»; primero porque su ámbito de aplicación no es el mismo, así todo lo que figura inscrito es oponible a terceros, pero no todo lo que no figura inscrito es inoponible (por ejemplo, el dominio no inscrito pero de fecha anterior es oponible al embargante); segundo, porque los sujetos pasivos son diferentes, lo inscrito es oponible a todos, lo no inscrito es inoponible únicamente al tercero registral (hipotecario), es decir, al que inscribe su derecho (8).

A diferencia del principio de fe pública registral, en el principio de «inoponibilidad de lo no inscrito» se parte del supuesto de «confluencia o colisión de derechos» respecto del mismo bien («conexión transversal»), donde el sistema registral en consideración a la eficacia de la publicidad registral opta por la protección del tercero que inscribe primero, respecto del cual las demás ventas resultarán «ineficaces»; en un sentido operativo, la inscripción «refuerza» el «modo» adquisitivo del adquirente, desde su perspectiva tal inscripción adquiere connotaciones propias de los sistemas constitutivos al permitirle confrontar su derecho de una manera plena y absoluta, de allí la afirmación de que en estos casos el Registro es «constitutivo respecto de terceros» en materia de derechos de propiedad, como excepción a la regla general del consensualismo (9). Así, se habla de una «inscripción conformadora» o «cuasiconstitutiva», en virtud de la cual el Registro se constituye en una suerte de «modo» especial de adquisición de carácter absoluto.

En nuestro ordenamiento civil, en concordancia con el artículo 2.022 del Código Civil y conforme al artículo 1.539 del mismo cuerpo legal (10), se acepta la «compraventa de bien ajeno», facultando al segundo adquirente, en caso de haber desconocido de esa situación del bien, a rescindir el contrato (11).

(8) Véase, PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad* (discurso leído el día 15 de enero de 2001 en su recepción pública como Académico de Número y contestación de Sebastián Martín-Retortillo Baquer), Madrid-Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001.

(9) ARIAS-SCHREIBER, MAX, *Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo IV: Derechos Reales* (con la colaboración de Carlos Cárdenas, Angela Arias-Schreiber, Elvira Martínez), Lima-Gaceta Jurídica Editores, 2.ª ed., 1998, pág. 299.

(10) Artículo 1.539 del Código Civil: «La compraventa de un bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien antes de la citación con la demanda».

(11) ARIAS-SCHREIBER, MAX, *Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo II: Compraventa, Permuta, Suministro, Donación, Mutuo, Arrendamiento* (con la colaboración de Carlos Cárdenas, Angela Arias-Schreiber, Elvira Martínez), Lima-Gaceta Jurídica Editores, 1996, pág. 53.

Consideramos que no sólo debería protegerse a los titulares de derechos «reales» («Para oponer derechos reales sobre inmuebles...»), sino que tal protección debería extenderse a todo tipo de derechos inscribibles, incluido los denominados derechos «personales» o «de crédito».

De lo contrario, seguiremos siendo testigos de situaciones contradictorias —conforme se aprecia de la innumerable jurisprudencia existente— como, por ejemplo, el de un embargante, que pese a haber cumplido con anotar debidamente su medida cautelar en el Registro, se ve perjudicado por la existencia de un propietario clandestino que inscribe su derecho con posterioridad, el mismo que es «preferido» por el ordenamiento; situación basada en un razonamiento «circular» que otorga primacía a un derecho calificado por el propio legislador como «real» frente a un derecho a su vez calificado como «no real»; premiándose así, en la práctica, la falta de diligencia de publicidad de los derechos.

Tratándose de bienes inmatriculados, el conflicto de derechos debería resolverse, sin importar la naturaleza o categoría de los derechos controvertidos, mediante la aplicación del principio de prioridad registral (art. 2.016 del Código Civil) (12), de modo tal que la oponibilidad de un derecho derive de los mecanismos objetivos de su publicidad, antes que de su denominación legal de «real» o «personal».

Finalmente, debe advertirse que el ordenamiento no ha determinado ¿qué sucede respecto de los derechos que recaen sobre bienes inmuebles no inscritos?; creemos que, a efectos de determinar la titularidad y la oponibilidad de los derechos, debería aplicarse supletoriamente las reglas de concurrencia de acreedores respecto de bienes muebles del artículo 1.136 del Código Civil (13), sin embargo, ello no fluye de este dispositivo, además de que el artículo 912 del mismo cuerpo legal (14) sólo establece la presunción de que el poseedor es «propietario», presunción de carácter *iuris tantum* que puede enervarse en cualquier momento, subsistiendo el problema.

(12) Artículo 2.016 del Código Civil: «La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el Registro».

(13) Artículo 1.136 del Código Civil: «Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua».

(14) Artículo 912 del Código Civil: «El poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito».

2. EFICACIA LEGITIMATORIA

Artículo 2.013 del Código Civil:

«El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez».

Como efecto inmediato y directo de la calificación registral (15), el ordenamiento jurídico reconoce fuertes efectos en favor de la inscripción plasmada en el asiento, tal como la eficacia legitimatoria, en virtud del cual se presume que el asiento registral es «exacto» e «íntegro».

Este principio es también conocido como de «credibilidad general del asiento», conforme al cual el asiento produce todos sus efectos mientras no sea declarado inexacto o inválido; su fundamento es esencialmente «facilitar la vida jurídica mediante la presunción de que toda apariencia de derecho conlleva a la existencia del mismo» (Esturillo).

El artículo 38 de la Ley Hipotecaria española en su párrafo 1.º señala: «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

Los efectos sustantivos de la inscripción comprenderán —en el caso español—, la presunción de existencia del derecho inscrito en la forma determinada por el asiento (con la extensión, limitaciones y condiciones que figuren en el mismo); tal presunción actúa «a todos los efectos legales», es decir, en todos los campos; además, dichos efectos se vinculan a la presunción de «pertenencia» del derecho inscrito, a la presunción de posesión y que tal posesión es cualificada a los efectos de la prescripción adquisitiva.

Existe cierta uniformidad en el ordenamiento jurídico nacional respecto al tratamiento de la eficacia legitimatoria de las inscripciones; así, además del Código Civil, tenemos el artículo VII del Título Preliminar del «Reglamento General de los Registros Públicos» (RGRP), el artículo 3 de la «Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos», Ley número 26.366, que establece como garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos: «(...) b) La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio o sentencia judicial firme» y el artículo VII del Reglamento de Inscripciones del Registro Predial Urbano, D.S.001-90-VC 18-1-90

(15) Véase, DELGADO SCHEELJE, ALVARO, «La calificación registral. Los principios de legalidad y causalidad en la calificación registral (reconducción del principio de legalidad hacia la causa eficiente de la inscripción)», en *Notarius*, Lima-Colegio de Notarios de Lima, 2001.

(RRPU), el mismo que agrega en su segundo párrafo, «Ninguna inscripción podrá ser rectificada o invalidada por resolución administrativa».

En el «ámbito temporal», la eficacia legitimatoria del asiento, tanto activa como pasivamente, conforme al artículo 2.013 del Código Civil, subsiste «mientras» no se declare judicialmente la invalidez (y se inscriba) o se rectifique conforme a los procedimientos establecidos en los Reglamentos. Asimismo, en cuanto al «campo de aplicación», debe decirse que, aunque la norma no ha sido expresa en este sentido, se debe entender que tal principio se aplica «a todos los efectos», en todos los campos en lo que la publicidad registral deba ser opuesta a los terceros.

El asiento registral, en tanto medio de prueba especial de la propiedad y de los otros derechos reales, hace que al titular registral le sea suficiente la presentación de la certificación registral que acredite la existencia y vigencia del asiento que publicita su derecho para ser tenido como tal. Visto desde otro ángulo, quien niegue la «exactitud» del Registro deberá asumir la carga de la prueba, siendo que el titular registral goza de protección general liberándosele del *onus probandi*.

Debe advertirse que, al establecer el principio de legitimación, sólo una presunción a favor del asiento, el mismo puede decaer, por lo que no se configura una situación de «inatacabilidad absoluta de la situación proclamada por el Registro» (16); en ese sentido, la doctrina habla de «falta de eficacia convalidante de las inscripciones».

En esa línea, el artículo 46 del Reglamento General de los Registros Públicos señala en su último párrafo que: «(...) La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes». Dispositivo que entendemos se inspira en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria («la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes») (17).

El Derecho común señala que la nulidad de un acto o contrato no produce efecto jurídico alguno (*quod nullum est, effectum produxit*); en ese sentido, la nulidad de un acto genera el efecto natural de «arrastre» sobre los actos derivados al estar éstos encadenados entre sí. Sin embargo, en el ámbito registral, la situación es distinta, ya que la inscripción o anotación de un acto o contrato «inválido» puede producir ciertos «efectos», en tanto no se elimine la «inexactitud registral», vía rectificación o declaración judicial de invalidez.

(16) DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Vol. III: *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*), Madrid-Editorial Civitas, S. A., 1995, pág. 432.

(17) La inscripción no «purifica» ni «transforma» los derechos inscritos (CHICO y BONILLA) ni «tiene la virtud taumatúrgica de hacer válido lo que es nulo» (DÍEZ PICAZO).

En el ámbito nacional, conforme se advierte del artículo 2.013 del Código Civil, existen principalmente dos mecanismos previstos por el sistema para eliminar las «inexactitudes registrales»: la rectificación del asiento en sede registral o la declaración de invalidez (nulidad) en sede judicial; dado el poco desarrollo que ha merecido el segundo punto, centraremos nuestra atención en el mismo, desde un enfoque registral y en especial en el concepto de nulidad de asientos.

La invalidez es una calificación del estado del acto que opera «de pleno derecho» sin necesidad de acción o declaración judicial de nulidad; sin embargo, mientras no se establezca judicialmente su nulidad, el «acto inválido» puede pasar como válido en la medida que el vicio no sea manifiesto y tenga el acto todos sus elementos estructurales necesarios de acuerdo a su especie y tipo. La declaración de nulidad viene *a posteriori* y con retroactividad a destruir las apariencias (18).

Las causales de nulidad, según el artículo 219 Código Civil, son las siguientes: «1. Falta de manifestación de voluntad. 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1.358. 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4. Cuando su fin sea ilícito. 5. Cuando adolezca de simulación absoluta. 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7. Cuando la ley lo declara nulo. 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción». En ese sentido, la nulidad vendría a ser «aquella sanción civil que consiste en privar de efectos jurídicos al negocio inadecuadamente conformado, o para proteger de ellos a las partes intervinientes del negocio, a los terceros y a la sociedad en general cuando estos efectos constituyen atentados contra los intereses de aquellos a quienes la ley protege» (19).

A nivel del Reglamento General de los Registros Públicos, además de haberse regulado la eficacia legitimatoria de las inscripciones en el numeral VII de su Título Preliminar, existen otros dispositivos que se refieren al mismo y que pasaremos a revisar.

Un gran problema que no había podido ser resuelto de manera definitiva bajo la normatividad anterior era el que planteaban los asientos «apócrifos», es decir, aquellos asientos extendidos a pesar de la inexistencia de título sustentatorio o fuera de un procedimiento registral regular por diferentes causas.

Considerando que tales «asientos apócrifos» no derivaban de un «procedimiento registral ordinario», opinábamos en un trabajo anterior que no deberían equipararse en su tratamiento a aquellos asientos que sí se

(18) LOHMANN LUCA DE TENA, GUILLERMO, *El negocio jurídico*, Lima-Editorial Jurídica Grijley, EIRL, 1994, pág. 530.

(19) *Ibid*, pág. 526.

originan en un procedimiento ordinario —y que luego de la calificación registral (art. 2.011 del Código Civil) se extendían en la partida registral—; razón por la cual no deberían tales asientos «apócrifos» gozar de los efectos benéficos de las inscripciones. Es decir, opinábamos que la *ratio legis* del artículo 2.011 y 2.013 del Código Civil llevaba a concluir que la «legitimación» sólo correspondía a los asientos regularmente extendidos.

En ese orden de ideas, los asientos «apócrifos» deberían quedar sin efecto en sede registral (previa investigación y emisión de los informes sustentatorios respectivos), sin necesidad de acudir al poder judicial; ya que lo contrario, es decir, reconocerles algún «efecto legitimatorio», podría significar en muchos casos hacer irreversible el daño al titular registral perjudicado por tal inscripción, situación indeseable que atenta contra los altos fines del Registro.

El nuevo Reglamento General de los Registros Públicos ha sido del mismo temperamento, tal como se aprecia de su artículo 95 que señala: «también se cancelarán de oficio o a petición de parte, los asientos de inscripción o de anotación preventiva cuando contengan actos que no consten en los títulos consignados como sustento de los mismos o cuando se hayan extendido sin estar comprendidos en la rogatoria de inscripción», y el artículo 96, «las inscripciones y anotaciones preventivas podrán ser canceladas, de oficio o a petición de parte, en mérito a la resolución que expida la jefatura de la oficina registral respectiva, previa investigación del órgano competente, cuando se compruebe la inexistencia del asiento de presentación del título que debería sustentarlas o la denegatoria de inscripción del título correspondiente».

Finalmente, el artículo 107 del referido Reglamento indica que «quien tenga legítimo interés y cuyo derecho haya sido lesionado por una inscripción nula o anulable, podrá solicitar judicialmente la declaración de invalidez de dicha inscripción y, en su caso, pedir la cancelación del asiento en mérito a la resolución judicial que declare la invalidez. La declaración de invalidez de las inscripciones sólo puede ser ordenada por el órgano jurisdiccional».

3. EFICACIA DE FE PUBLICA REGISTRAL

Artículo 2.014 del Código Civil:

«El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro».

Este principio puede definirse como «aquél (...) en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva del titular registral es mantenido en la adquisición *a non domino* que realiza, una vez que ha inscrito su derecho con los demás requisitos exigidos por la ley» (20); según ANTONIO PAU PEDRÓN, este principio «designa el efecto adquisitivo inatacable que puede producir la inscripción en beneficio del tercero» (21), es decir, suple la falta de poder dispositivo del transmitente; asimismo, brinda «plena protección al tercero que reúne los requisitos establecidos por la ley, respecto del cual la presunción de existencia, pertenencia y alcance de los derechos inscritos, se convierte en presunción *iure et de iure*», como sostiene ANTONIO MANZANO SOLANO (22).

Mediante este principio registral se busca la plena protección de aquel tercero que contrata amparado en la fe del Registro y reúne determinados requisitos establecidos por la ley frente a posibles «vicios» que afecten el derecho de su transferente y que no constan en el Registro ni existe forma de conocerlos normalmente. Esta opción legislativa, que sacrifica el derecho subjetivo del *verus dominus* en favor del adquirente, busca en última instancia proteger el tráfico jurídico al romper la «cadena de arrastre de las nulidades».

En España, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (23) consagra este principio, cuya doctrina ha servido de inspiración a muchos ordenamientos iberoamericanos como el nuestro. En el Perú, además del artículo 2.014 del Código Civil, existen otras normas de rango distinto que regulan el tema. Según la «Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil» («Exposición de Motivos»), este principio es considerado en todo sistema registral, «la médula central de su estructura y la expresión más clara de los alcances de la protección que el Registro brinda al tráfico patrimonial» (24).

(20) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ M., *op. cit.*, Tomo II, pág. 227.

(21) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Curso de Práctica Registral*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas (UPCO), 1995, pág. 86.

(22) MANZANO SOLANO, ANTONIO, *Derecho Registral Inmobiliario (para iniciación y uso de universitarios)*, Madrid —Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España— Centro de Estudios Registrales, vol. I, 1991, pág. 26.

(23) Artículo 34 de la Ley Hipotecaria (España): «El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente».

(24) «Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984. Libro de Registros Públicos». Separata Especial, diario oficial «El Peruano», julio, 1989, pág. 7.

Este principio sólo asegura al tercero la existencia y extensión de los derechos reales inscritos; es decir, no se refiere a datos materiales o de hecho; al menos, no de manera categórica como ocurre con los primeros.

La eficacia de fe pública registral parte de un supuesto de «conexión lineal» de relaciones jurídicas, como ocurre con dos compraventas que se celebran y se inscriben de manera sucesiva: «A» (titular registral) vende a «B» y luego «B» a «C», siendo que este último resultará protegido por la confianza que deposita en la publicidad y el cumplimiento de determinados requisitos, frente a supuestos patológicos «extra-registrales» (vicios) que le pudieran perjudicar por el «efecto de arrastre».

La adquisición del tercero se deriva en esencia de un no propietario (adquisición a *non domino*). Existe controversia en la doctrina respecto de la naturaleza del título adquisitivo del tercero; sin embargo, la posición a la cual nos adherimos es la que reconoce que se trata de una adquisición *ex lege* (por mandato de la ley, sustentada en razones de seguridad jurídica y la confianza en la apariencia registral) e *inscriptionis causa* (la inscripción, conjuntamente con los demás requisitos, sustenta el derecho adquirido).

GARCÍA GARCÍA sostiene que la protección del tercero adquirente se basa, además de la fuerza de la publicidad registral de su adquisición, en ciertas bases que denomina «ideas-fuerza», tales como la confianza en la apariencia registral, la ineficacia del negocio jurídico precedente al del tercero, consistente en la nulidad y en la resolución de efectos reales, la inexactitud registral y la adquisición a *non domino*, aspectos que desarrollaremos al referirnos a los requisitos (25).

A nivel nacional, mediante Ley 26366 (1994) se creó en nuestro país el «Sistema Nacional de los Registros Públicos», estableciéndose como una de sus garantías «la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro» (inciso d, art. 3).

El artículo 1.052 del Código Civil de 1936, antecedente inmediato, establecía que «los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso aunque se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro», artículo que se ubicaba en el libro correspondiente a los derechos reales. Según la «Exposición de Motivos», los cambios producidos en el tratamiento legal en el Código Civil de 1984 fueron considerables.

Una primera observación que podría hacerse es que, el artículo 2.014 del Código Civil está configurado para ser aplicado en los Registros de Bienes

(25) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ M., *op. cit.*, T. II, pág. 230.

en general; sin embargo, conforme al artículo 2.009 del Código Civil (26) y por su ubicación («Disposiciones Generales») tiene que ser aplicado a todos los Registros existentes, incluido los Registros de Personas Jurídicas, pese a su diferente naturaleza.

Respecto a los requisitos exigidos por el artículo 2.014 del Código Civil para proteger el derecho del «tercero registral», a los efectos didácticos y sin desconocer su complejidad, dividiremos el tema en los siguientes aspectos:

A) «Debe tratarse de una adquisición derivada de titular registral, que en el Registro aparece con facultades dispositivas»:

Lo que quiere decir que la adquisición, en principio, debería materializarse en un acto jurídico dispositivo. Tratándose de documentos judiciales, este principio no resulta aplicable cuando los mismos constituyen «títulos de adquisición» (declaración de propiedad, auto de adjudicación derivado de remate) y si lo será, cuando la sentencia genere un contrato (demanda de otorgamiento de Escritura Pública donde el Juez la otorga en rebeldía del demandado).

Se requiere, asimismo, la previa «inscripción» del derecho del transferente («titular registral»), siendo que sus facultades dispositivas deben estar legitimadas registralmente.

B) «Ha de existir inexactitud registral no conocible por el tercero adquirente que afecta el derecho del titular registral transferente por causales de invalidez, ineficacia o falsedad»:

Se trata de un problema de publicidad registral, la misma que se ve afectada por la existencia de «inexactitud registral», es decir, las patologías existentes que afectan el derecho del transferente no aparecen reflejadas en el Registro (nulidad, rescisión, etc.), por lo que no es posible que el tercero adquirente pueda conocerlas.

¿Hasta dónde debe extenderse el campo de la investigación de las posibles «inexactitudes registrales»? A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones —donde el Registro de la Propiedad Inmueble es autónomo y no se «archivan» los títulos que dieron mérito a la inscripción y consecuentemente, el estudio debe hacer sólo en la partida registral—; en nuestro caso el artículo 2.014 del Código Civil exige, de manera genérica, que los vicios que afectan el derecho del transmitente «no consten en los Registros Públicos», lo

(26) Artículo 2.009 del Código Civil: «Los Registros Públicos se sujetan a lo dispuesto en este Código, a sus leyes y reglamentos especiales. Quedan comprendidos en el párrafo anterior los Registros de naves, aeronaves, de prenda agrícola y los demás regulados por leyes especiales».

que ha generado que el poder judicial (27) —al igual que un gran sector jurídico—, asuma que «los títulos de dominio (son) un complemento o una prolongación de los asientos del Registro» y que los asientos se entiendan sólo como un «resumen» de los títulos; es decir, en esta materia en nuestro medio se ha optado por un criterio amplio de la «publicidad» (28).

Sin desconocer que nuestro sistema de transmisiones patrimoniales es «causalista» (no «abstracto» como la alemana); a los efectos de la protección de los terceros registrales debería limitarse la búsqueda de posibles inexactitudes registrales al asiento, no al título archivado. Ello en atención a la rigurosa calificación registral existente en nuestro sistema (a cargo de un profesional del derecho), al asiento registral, que es más que un simple «resumen» del título, al determinar la nueva «situación jurídica» derivada; esta opción (que requiere un cambio normativo), evitaría pérdida de tiempo e inversión en el «estudio de títulos» (tarea muchas veces compleja, que requiere de especialistas). Sin embargo y rectificando una opinión anterior, reconocemos que la publicidad registral, tal como se encuentra regulado el tema, se extiende a los títulos archivados con los problemas que ello supone al tráfico jurídico.

C) «El adquirente debe tener título válido y ser tercero respecto de las relaciones jurídicas anteriores afectadas por alguna patología»:

Siendo que este principio registral establece una protección extraordinaria a favor del tercero adquirente, el título que ampara su derecho debe ser válido, ya que el Registro no podría convalidar nulidades (sin perjuicio de la legitimación registral que ampara a las inscripciones, conforme al art. 2.013 del Código Civil). El adquirente para ser protegido debe, además de tener un título válido, ser un «tercero» respecto de la relación jurídica afecta a patología o vicio en que participa su transferente, de lo contrario sería «parte» en la misma y se vería igualmente afectado.

D) «La adquisición por el tercero debe ser de buena fe»:

Es decir, el tercero registral es protegido en la medida en que ha adquirido derechos amparado en el Registro. La buena fe involucra a su vez dos requisitos: seguridad del «poder de disposición y la ignorancia de posibles

(27) Casación número 2356-98-Lima, publicado en el diario oficial «El Peruano» el 12-11-99, pág. 3899. Resolución en el que se revisa el problema de los alcances de la publicidad y la protección del tercero registral.

(28) ALIAGA HUARIPATA, LUIS ALBERTO, «El principio de publicidad en el Derecho Registral peruano (aproximaciones y perspectivas)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, año LXXV, enero-febrero de 1999, núm. 650, págs. 129-143.

inexactitudes en el contenido del Registro» (CANO TELLO), basado en un conocimiento promedio (GARCÍA GARCÍA). La fe en la apariencia registral se refiere a la confianza objetiva resultante de los datos del asiento registral; siendo que la buena fe subjetiva se presume, no requiere probarse.

La «Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984» señala claramente que la buena fe debe existir sólo en el adquirente (siendo indiferente en el caso del transferente), que se constituye en tercero registral; en efecto, «la circunstancia de que transferente del derecho tenga buena o mala fe es absolutamente irrelevante para los efectos de impedir o permitir al adquirente constituirse en tercero registral» (29).

Y ¿cuál es el momento en que debe existir buena fe y cuánto debe durar?; algunos tratadistas señalan que la buena fe debe darse simplemente «en el momento del contrato» (30), siendo irrelevante si posteriormente, pero antes de su inscripción, conocen de la «inexactitud registral»; por su parte y en un sentido distinto, la «Exposición de Motivos» sostiene que si bien estará presente al momento de la celebración del contrato, deberá subsistir hasta su inscripción, «por cuanto todos los requisitos para el funcionamiento del principio (...) deben ser concurrentes en el tiempo», «antes (de la inscripción) no tiene sentido referirse a la buena fe desde que todavía no es tercero del Registro por cuanto no ha inscrito su derecho».

E) «La adquisición por el tercero debe ser a título oneroso»:

Algunos sostienen que esta exigencia se justifica por que, en el caso del adquirente a «título oneroso», la pérdida de su derecho le generará un «daño económico», a diferencia del adquirente a «título gratuito», que sólo sufrirá un «lucro cesante». Otros, consideran que debería extenderse esta protección a los adquirentes a «título gratuito», al ser igualmente atendible su deseo de seguridad en las adquisiciones, ya que el incremento producido en su patrimonio —como efecto de la adquisición efectuada—, puede haber ocasionado que el mismo asuma nuevas obligaciones que no podrá cumplir si pierde su derecho. Sin embargo, la razón principal de esta opción legislativa radica en el carácter excepcional de esta adquisición a *non domino* incorporado por este principio registral; siendo que el legislador, a efectos de brindar protección, exige adicionalmente un sacrificio económico en el tercero adquirente, que justifique la ruptura de la regla general de la nulidad y su efecto de arrastre sobre los actos ulteriores.

(29) «Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984. Libro de Registros Públicos». Separata Especial, diario oficial «El Peruano», julio, 1989, pág. 18.

(30) CANO TELLO, CELESTINO, *Manual de Derecho Hipotecario*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1992, pág. 303.

F) «Debe inscribirse el acto adquisitivo del tercero»:

Se trata de un requisito esencial. El tercero adquirente apoya su adquisición en la inscripción de su propio derecho (*inscriptionis causa*), sólo así podrá ser considerado un «tercero registral» protegido por este principio. Antes de la inscripción, creemos, no existe un derecho pleno oponible *erga omnes*. En ese sentido, no resulta exagerado sostener que la inscripción opera aquí como un supuesto de inscripción constitutiva que justifica la adquisición realizada aun en contra de lo que dicta el derecho común.

De otro lado, el nuevo «Reglamento General de los Registros Públicos» establece en el artículo VIII de su Título Preliminar que, «la inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales». Lo que nos parece adecuado y que recoge el «espíritu» de este principio; sin embargo, por el rango normativo que consideramos que los cambios o precisiones sobre el particular deberían ser materia de una reforma legislativa.

A su vez, el nuevo Reglamento del Registro de Sociedades (RRS), en consideración al hecho de que el texto del artículo 2.014 del Código Civil estaba pensada esencialmente para Registros de Bienes, mediante su artículo IV señala que «la inexactitud o invalidez de los asientos de inscripción del Registro no perjudicará al tercero que de buena fe hubiere celebrado actos jurídicos sobre la base de los mismos, siempre que las causas de dicha inexactitud o invalidez no consten en los asientos registrales». Pese a lo positivo de su dación, existen algunos aspectos que exigen revisarse, como el hecho que se establezcan a nivel reglamentario excepciones al «efecto de arrastre de las nulidades» o se exima implícitamente del requisito de «onerosidad» a los actos, aspectos establecidos por ley (31).

Mediante Ley 26394 del 18-11-94 (modificada por Ley 26673 del 21-10-96) se constituyó una Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, cuya Subcomisión de Derechos Reales ha planteado incorporar una nueva clasificación de los bienes «registrados» y «no registrados» (entre otras). Así, serán «bienes registrados» los incorporados a algún Registro de carácter jurídico; CÁRDENAS QUIRÓS sostiene que «tratándose de los bienes registrados, será el Registro el que definirá toda cuestión que pueda suscitarse, de modo que en la eventualidad de que alguien celebre sucesivamente diversos actos de disposición sobre un mismo bien registrado, tendrá trascendencia sólo el acto que hubiera quedado ins-

(31) GONZALES LOLI, JORGE, *Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos*, Lima-Gaceta Jurídica, S. A., 2002, pág. 78.

crito, dado el carácter constitutivo de la inscripción. Antes del Registro no habrá nada» (32).

Finalmente, se ha conocido de la existencia de un «Proyecto de Ley Modificadorio del Código Civil», en especial del artículo 2.014 presentado al Congreso de la República, cuyo texto preliminar sería el siguiente: «El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que aparece en los asientos o partida registral con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en dichos asientos o partida. Quien adquiere por prescripción un bien inscrito, no puede oponer su adquisición al tercero referido en el párrafo anterior, salvo que el plazo de la prescripción haya empezado a contarse después de inscrito el acto de adquisición del tercero. Lo dispuesto en este artículo se aplica a todos los Registros de carácter jurídico». Estos cambios nos parecen saludables y pueden resumirse del siguiente modo: se elimina el elemento subjetivo de la buena fe, la misma que será sólo objetiva y se derivará del asiento o partida registral, documento en el que constan publicitadas las situaciones jurídicas derivadas del título (33). Sin embargo, sería importante saber qué sucederá con el valor probatorio de los títulos que dieron mérito al asiento registral y que se siguen «archivando», en caso que exista un cuestionamiento en este sentido. Asimismo, ¿ello implica la modificación del sistema causalista existente en nuestro ordenamiento jurídico?

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
Vocal del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional
de los Registros Públicos (Perú)

(32) CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil de 1984)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, año LXXVII, septiembre-octubre de 2001, núm. 667, pág. 1930.

(33) AVENDAÑO ARANA, FRANCISCO, «La Fe Pública Registral: propuesta de modificación del artículo 2.014», en *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, Lima, Palestra Editores, S. R. L., año 2, núm. 4, marzo de 2001, pág. 45.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Resolución de 20-1-2003. DGRN. Hace públicos los nombramientos de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en Resolución de concurso número 261.

MINISTERIO DE ECONOMIA

— Orden 3451/2002. 27-12-2002. Modifica parcialmente la Orden 30-12-1992, sobre normas de solvencia de las entidades de crédito.

— Orden 29/2003. 8-1-2003. Modifica parcialmente la Orden 29-12-1992, sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de las sociedades y agencias de valores y sus grupos.

MINISTERIO DE HACIENDA

— Real Decreto 27/2003. 10-1-2003. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 214/1999, de 5-2-1999.

— Real Decreto 28/2003. 10-1-2003. Revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas para el año 2003.

— Orden 85/2003. 23-1-2003. Determina los supuestos en los que los sujetos pasivos del IAE deben presentar una comunicación en relación con el importe neto de su cifra de negocios y se aprueba el modelo de dicha comunicación.

— Resolución de 30-12-2002. Secretaría de Estado de Hacienda y Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Crea las oficinas de relación con los Tribunales y les son atribuidas competencias.

— Resolución de 2-1-2003. D. G. Catastro. Aprueba la forma de remisión y la estructura, contenido y formato informático del fichero del padrón catastral.

— Resolución de 13-1-2003. D. G. Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueba el modelo 146, de solicitud de determinación del importe de las retenciones que pueden presentar los contribuyentes perceptores de prestaciones pasivas procedentes de más de un pagador, y se determina el lugar de presentación de dicha solicitud.

— Resolución de 13-1-2003. Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Aprueba el modelo 145, de comunicación de la situación personal y familiar del perceptor de rentas del trabajo, o de su variación, al pagador y se determina la forma en que debe efectuarse dicha comunicación.

— Resolución de 16-1-2003. Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Aprueba el modelo de solicitud de devolución y el modelo de comunicación de datos adicionales por el IRPF, ejercicio 2002, que podrán utilizar los contribuyentes no obligados a declarar por dicho impuesto que soliciten la correspondiente devolución, y se determinan el lugar, plazo y forma de presentación de los mismos, así como las condiciones para su presentación telemática.

— Resolución de 1/2003. 20-1-2003. D. G. Agencia Estatal de Administración Tributaria. Asistencia a los contribuyentes en su identificación telemática ante las entidades colaboradoras para el pago de deudas correspondientes a autoliquidaciones y liquidaciones practicadas por la Administración contra cuentas mediante el uso de tarjetas de crédito o débito asociadas a estas cuentas.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Resolución de 10-1-2003. Secretaría de Estado de Infraestructuras. Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27-12-2002, por el que se fija un nuevo precio básico a nivel nacional por metro cuadrado de superficie útil, que servirá como referencia a efectos de la determinación de los precios máximos de venta y renta de las viviendas acogidas a las medidas de financiación cualificada del Plan de Vivienda 2002-2005.

NORMAS AUTONOMICAS

Andalucía.—Ley 4/2002. 16-12-2002. Creación del Servicio Andaluz de Empleo.

— Ley 6/2002. 16-12-2002. Modifica la Ley 1/1996, de 10-1-1996, del Comercio Interior de Andalucía, y se crea la Tasa por Tramitación de Licencias Comerciales.

— Decreto 8/2003. 21-1-2003. Acuerda la formulación del Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2005.

— Resolución de 10-1-2003. Dirección General de Tributos e Inspección Tributaria. Da publicidad del Addenda al Convenio suscrito entre la Consejería de Economía y Hacienda y los Registradores de la Propiedad para establecer las condiciones en que las OO.LL. de Distrito Hipotecario, a cargo de los Registradores de la Propiedad del ámbito territorial de la Junta de Andalucía, ejercerán las funciones atribuidas por Decreto 106/1999, de 4-5-1999.

Asturias.—Ley 15/2002. 27-12-2002. Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales.

— Ley 16/2002. 30-12-2002. Modificación de la Ley 2/2000, de 23-6-2000, de Cajas de Ahorro, para adaptarla a la Ley 44/2000, de 22-11-2000, de medidas de reforma del sistema financiero.

Baleares.—Ley 11/2002. 23-12-2002. Medidas Tributarias y Administrativas.

Canarias.—Decreto 2/2003. 13-1-2003. Modifica el Decreto 114/1999, de 25-5-1999, que fija las condiciones de venta y se establece la subvención para la adquisición de las viviendas de titularidad de la Comunidad Autónoma de Canarias, acogidas a los Planes Canarios de Vivienda I y II, que fueron adjudicadas en régimen de alquiler.

Cantabria.—Ley 10/2002, de 23-12-2002. Medidas Administrativas y Fiscales.

Castilla-La Mancha.—Ley 22/2002. 21-11-2002. Creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha.

— Ley 1/2003. 17-1-2003. Modificación de la Ley 2/1998, de 4-6-1998, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

— Resolución de 2-1-2003. D. G. Tributos. Da publicidad a los valores de referencia de los bienes inmuebles de naturaleza rústica a efectos del ITP y AJD y del IS y D.

Cataluña.—Ley 27/2002. 20-12-2002. Medidas legislativas para regular las empresas de inserción sociolaboral.

— Ley 29/2002. 30-12-2002. Primera Ley del Código Civil de Cataluña.

Extremadura.—Orden de 26-12-2002. Modifica la Orden de 26-11-2001, por la que se aprueba el modelo de Cédula de Habitabilidad y se fijan las condiciones que han de cumplir las viviendas ya construidas para su obtención.

— Orden de 16-1-2003. Regula el procedimiento para la solicitud de declaración de los datos en el registro de explotaciones agrarias.

Madrid.—Ley 8/2002. 27-11-2002. Juventud.

Navarra.—Decreto Foral 276/2002. 30-12-2002. Regula el sistema de extinción por compensación de determinadas deudas tributarias.

— Orden Foral 351/2002. 12-12-2002. Consejero de Economía y Hacienda. Somete a información pública, mediante su publicación en el *BON*, el Proyecto de Decreto Foral por el que se modifica el Anexo del Decreto Foral 334/2001, de 26-11-2001, por el que se aprueba el procedimiento para la valoración de determinados bienes inmuebles sitos en la Comunidad Foral de Navarra, mediante la aplicación del método de comprobación de los precios medios en el mercado, en relación con la gestión de los IS y D y sobre TP y AJD.

— Orden Foral 372/2002. 31-12-2002. Consejero de Economía y Hacienda. Aprueba el modelo 291 de declaración informativa en relación con los rendimientos de cuentas de no residentes obtenidos por contribuyentes, sin mediación de establecimiento permanente, del impuesto sobre la Renta de no Residentes, así como los diseños físicos y lógicos para su presentación por soporte directamente legible por ordenador.

— Orden Foral 1/2003. 8-1-2003. Consejero de Economía y Hacienda. Modifican los modelos contenidos en los anexos I y II de la Orden Foral 294/2000, de 29-12-2002, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de las declaraciones correspondientes al IVA de grandes empresas y se aprueba el modelo de resumen anual del IVA de grandes empresas.

Valencia.—Ley 11/2002. 23-12-2002. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana.

— Decreto 4/2003. 21-1-2003. Consell de la Generalitat. Aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y Rector de Uso y Gestión del Parque Natural de El Prat de Cabanes-Torreblanca.

II. Información de actividades

ANDALUCIA OCCIDENTAL

Los días **8 y 9 de abril de 2003**, se celebraron en Sevilla las Jornadas URBANISMO Y SEGURIDAD JURIDICA (LA NUEVA LEY ANDALUZA DE ORDENACION URBANISTICA), organizadas por el Servicio de Estudios y el Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

Inauguración: Ilma. señora doña JOSEFINA CRUZ VILLALÓN.

Conferencias:

- «Examen general de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Análisis concreto de sus repercusiones registrales», por don RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Principales novedades de la Ley en materia de planeamiento, ordenación y gestión urbanística», por don JUAN AGUILERA RUIZ, Gerente de GAESCO.
- «El régimen jurídico de la disciplina urbanística en la nueva Ley andaluza. Principales consecuencias jurídicas de dicha regulación legal», por doña MARÍA VICTORIA BUSTAMANTE SÁINZ, Subjefe del Servicio de Comunicación y Coordinación de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla.
- «Reparcelaciones urbanísticas», por don SEVERIANO MONTERO GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Los instrumentos de planeamiento en la nueva Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», por MANUEL A. GONZÁLEZ FUSTEGUERAS, Director de la Oficina del PGOU de Sevilla.
- «Parcelaciones: normativa autonómica y normativa hipotecaria», por doña PIEDAD MARÍA PEREJO-MERINO Y PAREJO.

Clausura: Excmo. señor don ALFREDO SÁNCHEZ MONTESERRÍN, Alcalde de Sevilla.

CATALUÑA

El día **27 de febrero de 2003 en Barcelona** y el **6 de marzo de 2003 en Madrid**, en la Escuela de Derecho de Cuatrecasas, Módulo de Especialización, se celebró un **CURSO SOBRE GARANTIAS MOBILIARIAS**, bajo la dirección de don VICENTE L. MONTÉS y don JUAN GRIMA.

Objetivos:

En los últimos tiempos, a impulso de novedades legislativas importantes, en línea con las transformaciones del espacio jurídico común europeo, parecen cambiar la ley de circulación de los bienes muebles y, en consecuencia, el régimen a tener en cuenta para la constitución de garantías mobiliarias.

Así, determinados bienes muebles tangibles pasan a la categoría de registrables en un nuevo registro que ya no será sólo de garantías, sino también de titularidades. Al propio tiempo, se organiza la posibilidad de utilizar garantías sobre muebles intangibles, campo en el que se destaca la aportación de la legislación catalana. Y se va abriendo un camino en la zona de

Derecho común para la utilización en clave de garantía de bienes inmateriales o de derechos que implican o envuelven la posesión o suponen intervención en el proceso adquisitivo.

El curso, en este contexto, propone una revisión de las posibilidades de utilización de bienes muebles como garantías, en tanto que somete a examen los esquemas técnicos de la garantía mobiliaria.

Es un curso de actualización y de profundización para profesionales que hayan de aproximarse o hayan de utilizar este tipo de instrumentos.

Destinatarios:

Profesionales del área contenciosa y demás interesados en la materia.

Programa:

Presentación: VICENTE L. MONTÉS y JUAN GRIMA.

Ponencias:

- «Los bienes muebles a efectos de garantía y la garantía mobiliaria», JUAN GRIMA.
- «El Registro de Bienes Muebles: de la garantía a la titularidad», FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO.
- «Las prendas y sus principales variantes», JACINTO GIL RODRÍGUEZ y VICENTE L. MONTÉS.
- «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento», FRANCISCO DE P. BLASCO.
- «La utilización como garantía de los derechos de adquisición preferente y de la modulación del proceso transmisivo (opción, tanteo, retracto, reserva de dominio)», VICENTE L. MONTÉS.
- «El leasing mobiliario como garantía», ANTONIO CIVERA y M.^a JOSÉ GUILLÉN.
- «Las garantías mobiliarias en el Derecho catalán. En especial, el derecho de retención», JOSEPH FERRER.
- «Ejecución de las garantías mobiliarias. Comentario de diversas sentencias», ALEJO LÓPEZ-MELLADO y CARLOS PÉREZ.

Conclusiones:

VICENTE L. MONTÉS, JUAN GRIMA.

Evaluación:

Ponencias y ponentes serán evaluados por todos los asistentes al módulo, con objeto de revisar y mejorar sus contenidos cara a las siguientes ediciones.

Directores:

- JUAN GRIMA FERRADA. Socio. Tiene práctica en todo tipo de contratos mercantiles, operaciones societarias, reestructuraciones patrimoniales, fusiones y adquisiciones, así como en Derecho Inmobiliario y de la construcción. Es profesor asociado de Derecho Mercantil de la Universitat de Valencia.
- VICENTE L. MONTÉS PENADES. Socio. Especialista en las áreas de Derecho Civil y Mercantil, especialmente en ordenación y gestión de conjuntos inmobiliarios, cuestiones matrimoniales, de filiación, herencia y temas familiares, contratos y demás. Experiencia en Derecho concursal y reflotamiento de empresas. Asimismo tiene experiencia como abogado en arbitrajes nacionales e internacionales. Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Valencia. Presidente del Consejo de Dirección de la Revista de Derecho Patrimonial. Es miembro de la International Family Law Association.

Conferenciantes invitados:

- FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ. Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia.
- JOSEPH FERRER. Profesor Titular de Derecho Civil en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.
- JACINTO GIL RODRÍGUEZ (1). Catedrático de Derecho Civil en la Universidad del País Vasco.
- FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO. Registrador de la Propiedad.

Ponentes:

- ANTONIO CIVERA. Abogado. Especializado en cuestiones de Derecho societario y contratación comercial y deportiva. Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universitat de Valencia.
- M.^a JOSÉ GUILLÉN. Abogada. Doctora Mercantil Especializada en cuestiones de Derecho societario y contratación mercantil.
- ALEJO LÓPEZ-MELLADO. Socio. Experiencia en resolución judicial y extrajudicial de disputas societarias y reclamaciones comerciales en sectores como el informático, los hidrocarburos y la telefonía; representación de acreedores en situaciones concursales. Profesor del master para postgraduados de la Universidad Antonio de Nebrija (materia: Arbitraje). Colaborador habitual en temas jurídicos en el periódico «Cinco Días».

(1) Sólo da ponencias en Madrid.

- CARLOS PÉREZ. Abogado. Está especializado en mediación y en procedimientos de ADR, como parte y como mediador, y en procedimientos sobre responsabilidad civil. Es Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

El día **23 de abril de 2003**, en el Sala de Actos del Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña, tuvo lugar la PRESENTACION DEL LIBRO «LA GARANTIA DE LOS VALORES HIPOTECARIOS», del doctor SERGIO NASARRE I AZNAR. La presentación estuvo a cargo de don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO, Registrador de la Propiedad y Mercantil y Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Los días **30 de abril, 14 y 28 de mayo, 18 de junio y 2 de julio de 2003**, se celebra en Barcelona, en la sede de la Universidad La Salle, Sala Graus, y organizado por Editorial Aranzadi, el FORO DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGIAS.

Tertulia de actualidad: En todas las sesiones se abordarán las novedades normativas del período precedente, así como bibliográficas y otras noticias de interés.

Conferencias:

- Día 30 de abril. «El impacto de la LSSI en la empresa», por don SALVADOR CUADRENY I MINOVIS, Abogado, Director del Master de Derecho en Tecnologías de la Información y de la Comunicación de la Universidad La Salle.
- Día 14 de mayo. «La telefonía móvil de nueva generación: problemas legales», por doña OLGA VÁZQUEZ, Abogada Vialegis AyL.
- Día 28 de mayo. «El futuro del régimen jurídico de la televisión», por don ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA, Abogado, Letrado de las Cortes, Socio de Estudios Jurídicos y Procesales.
- Día 18 de junio. «La fiscalidad internacional en los negocios a través de Internet», por don ALBERT COLLADO I ARMENGOL, Abogado, Socio Responsable del Departamento de Internacionalización Garrigues.
- Día 2 de julio. «Responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet: estado de la cuestión», por don MIGUEL PEGERA POCH, Profesor de Derecho Mercantil UOC.

MADRID

Los días **6, 7 y 8 de mayo de 2003**, se celebraron en la Sede del Colegio de Registradores de España y organizadas por el Servicio de Estudios, las

JORNADAS SOBRE FUNDACIONES Y ASOCIACIONES: UN NUEVO RÉGIMEN LEGAL.

Inauguración: Por el Ilmo. señor don FERNANDO P. MÉNDEZ, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

Conferencias:

- «La voluntad del fundador como norma inmutable en la Ley 50/2002 de Fundaciones», por el Excmo. señor don DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, Catedrático de Derecho Civil, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- «El nuevo régimen jurídico de las Asociaciones», por don FRANCISCO CAPILLA RONCERO, Catedrático de Derecho Civil.
- «¿Una nueva Ley de Fundaciones?», por don JORGE CAFARENA LAPORTA, Catedrático de Derecho Civil.
- «Asociaciones y Fundaciones en relación con el Registro de la Propiedad», por don JUAN FRANCISCO RUIZ-RICO MÁRQUEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Novedades tributarias contenidas en la Ley 49/2002, de Mecenazgo», por don CRISTÓBAL SALAS JARONES, Letrado, miembro de la Asociación Española de Asesores Fiscales.
- «El ejercicio de actividades económicas por Asociaciones y Fundaciones», por don RAFAEL LA CASA GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Mercantil.

Conferencia de clausura: «Un futuro para las Asociaciones y Fundaciones», por don JOSÉ MANUEL ROMERO MORENO, Socio Director de Romero-Moreno Asociados, Director del curso de Fundaciones del Colegio de Abogados.

Coloquios: Al final de cada jornada se abrieron coloquios moderados por don JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

MEXICO

Los días **9 al 14 de marzo del 2003**, se celebró el XVII ENCUENTRO DEL COMITE LATINOAMERICANO DE CONSULTA REGISTRAL en la ciudad de Morelia, Estado de Michoacán, México, con la participación de representantes de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela; y, como invitados especiales, representantes de España, EE.UU., Federación Rusa, Francia, Portugal y Noruega.

En el referido evento se presentaron y debatieron los temas establecidos en la agenda y se conoció la situación actual de los Registros en los diferentes países.

Los temas tratados fueron los siguientes:

I. Las registraciones de las nuevas formas de dominio: clubes de campo, cementerios privados, galerías, urbanizaciones especiales, etc. Los efectos registrales. Registro de la posesión.

II. Registro de la Propiedad Inmueble: su autonomía funcional. Costo de sus servicios. Formas de convenir el pago de los servicios con usuarios múltiples. Resguardo documental y de los archivos. Modernización y mejoramiento técnico de los Registros. Escuela Latinoamericana de Derecho Registral.

III. El Folio Real. Modelos adoptados en cada país. Contenidos del mismo. Vinculación Catastro-Registro. Asientos extensos o sintetizados de los contenidos inscribibles. Modalidades en los medios de aseguramiento de su autenticidad y perdurabilidad. Experiencias de cada país.

IV. Sistemas Registrales Inmobiliarios y de Comercio de cada país. Estado actual y perspectivas de la institución.

V. Registro de Bienes y Muebles: Créditos prendarios, automotores, naves, aeronaves, etc. Modelos de Registro en los países que los tienen adoptados en las diferentes materias. Contenidos registrables que admiten una técnica de tratamiento informático. Registro de Personas Jurídicas: Mercantiles y no Mercantiles o entidades sin fines de lucro. Registro de la Propiedad Intelectual: diferentes materias o contenidos de la registración en cada uno de ellos en los diferentes países del área. Efectos registrales previstos para los mismos.

Algunas de las ponencias que se presentaron fueron:

- «Sobre la crisis contemporánea de la seguridad jurídica», de RICARDO DIP (Brasil).
- «Los efectos sustantivos de la inscripción y el rol del Registro en la protección del Tráfico Jurídico Inmobiliario», de LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA (Perú).
- «Condominio horizontal de parcelas. Edificación de libre elección del condómino», de DÉCIO ANTONIO ERPEN, JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA y MARIO PAZUTTI MEZZARI (Brasil).
- «El principio registral de rogación y su posibilidad de desistimiento», de ACACIA MARTÍNEZ DE ESCANDÓN (México), etc.

Asimismo, se aprobaron sendas Declaraciones enfatizando la importancia del Registro como mecanismo de publicidad y aseguramiento de los dere-

chos patrimoniales de las personas —que todo Estado debe garantizar—, y que debe además respetarse la autonomía de la función registral como garantía de la legalidad, transparencia, paz y seguridad jurídica. También se aprobó la creación de «La Escuela Latinoamericana de Derecho Registral» y se celebraron diferentes Convenios de Colaboración entre algunos países participantes.

Finalmente, al igual que otras delegaciones como la de Brasil y Rusia, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos del Perú invitó a los asistentes al Primer Congreso Iberoamericano en Materia Registral denominado «Registro de la Propiedad, Territorio, Desarrollo Económico y Nuevas Tecnologías», que se realizará en la ciudad de Lima los días 3 al 6 de noviembre de 2003, evento que organizan la Superintendencia conjuntamente con el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España y la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia de España.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 15 de julio de 2002.—QUIEBRA.—Legitimación activa de una sociedad mercantil quebrada y nulidad de negocios realizados.

Antecedentes.—a) Por Auto de 23 de marzo de 1981 del Juez de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona se declaró en estado de quiebra la sociedad mercantil Mateu y Mateu, S. A., fijándose como fecha de retroacción de la quiebra el día 1 de abril de 1976.

b) Como quiera que algunos de los acreedores alcanzaron la convicción de que los síndicos actuaban en interés exclusivo de uno solo de los acreedores, el Banco Exterior de España, S. A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.367 LEC (de 1881) se dirigieron repetidamente al comisario de la quiebra y, posteriormente, al Juez interesando la rendición de cuentas: Esta situación concluyó con la proposición por la entidad quebrada de un convenio que fue aprobado por la junta de acreedores con fecha 18 de mayo de 1989.

c) Del contenido del convenio aprobado pueden extraerse los siguientes pronunciamientos con relevancia para este proceso:

«Primero. Finalidad del convenio.

El presente convenio tiene como finalidad ultimar la fase de pago de los acreedores con los bienes y efectos que existan realmente en la masa activa, y procurar que se reintegren a la masa, con la mayor eficacia posible, los bienes que han salido indebidamente de ella.

La Comisión Liquidadora que se designa en el presente convenio procederá, firme que sea el mismo, a esa doble finalidad de hacer pago a los acreedores reconocidos en la quiebra, y por el orden en que han sido graduados, con los derechos y efectos actuales o futuros, y recuperar para la masa los bienes salidos de ella indebidamente.

Firme que sea el presente convenio, el juicio de quiebra quedará concluso en todas sus piezas y ramos, y los órganos de la quiebra quedarán sustituidos por la Comisión Liquidadora.

Segundo. Comisión Liquidadora.

1. Se crea una Comisión Liquidadora que será el único órgano legitimado para realizar actos de dominio, administración y disposición de los bienes de

la compañía, y al que se transfiere la titularidad de todas y cada una de las acciones que en el juicio de quiebra incumbían a la Sindicatura, así como todos los poderes en orden a la recuperación de bienes y pago a los acreedores.

2. A la Comisión Liquidadora incumbirá también seguir por todos sus trámites las acciones civiles y/o criminales que haya podido ejercitar la sindicatura y se hallen pendientes en la actualidad, así como suceder a dicha Sindicatura en todos los juicios de cualquier índole en que fuera parte por cualquier título.

3. La Comisión Liquidadora estará integrada por acreedores o representantes de los mismos, pertenecientes a los dos estados que legalmente han de formarse, juntamente con el actual Letrado de la quebrada...»

d) En cumplimiento de lo acordado en el convenio, la Comisión Liquidadora instó ocho juicios declarativos denunciando la nulidad radical *ope legis* de diversas operaciones efectuadas dentro del período de retroacción de la quiebra. De estos ocho pleitos, siete tramitados en Barcelona y uno en Granada, todos concluyeron con sentencia favorable en primera instancia; seis asimismo tuvieron igual resultado en segunda instancia (cinco en Barcelona y el seguido en Granada); y sólo uno, el que origina el presente recurso de amparo, fue objeto en segunda instancia de un fallo contrario a la pretensión de la demandante, fallo que posteriormente confirmó el Tribunal Supremo.

e) En el proceso de que trae causa el presente recurso de amparo, la Comisión Liquidadora de Mateu y Mateu, S. A., promovió, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra la entidad mercantil Parque Meridiana, S. A., el Banco Exterior de España, S. A., INDUBAN, S.A., don Carlos Forcada Casanovas, don Tomás Lamarca Abello, don Roberto Vega Mateu Martí, Federico Corominas, S. A., don Francisco Javier Martín Baró, don Manuel Márquez Rodríguez, doña María de los Angeles Santos García, don Tomás Corral García, don Fernando Capa Vigo, don Jaime Quert Pedrós, don Antonio Dacasa Castro, don Jaime Mercader Torruella, Clasificación y Estibas Barcelona, S. A., don Luis Ramírez Feliú y don Joaquín Vidal Rius. Tras alegar la demandante los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«Primero.—Se declare que el 100 por 100 de las acciones de la Cía. Parque Meridiana, S. A., desde el 29 de abril de 1974, eran de propiedad exclusiva de la Cía. Mateu y Mateu, S. A., siendo sus tenedores señores don Mariano Mateu Casadevall, don Ramón Mateu Casadevall y don Juan Mateu Martí, fiduciarios de dicha compañía propietaria. Segundo.—Se declare que la declaración de quiebra de la Cía. Mateu y Mateu, S. A., dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de los de Barcelona, en fecha 23 de marzo de 1981, con retroacción de sus efectos a primero de abril de 1976, alcanzó plenamente a la totalidad de las acciones de propiedad de la compañía en “Parque Meridiana, S. A.”, siendo por ello nulos radicalmente y sin posibilidad de subsanación cuantos actos y negocios jurídicos realizaran sobre dichas acciones la compañía quebrada, ya fuese directamente, ya por medio de sus fiduciarios. Tercero.—Se declare igualmente que la finca sita en Barcelona, Avenida Meridiana, núm. 7, y que figura actualmente inscrita al Registro de la Propiedad núm. 1 de los de Barcelona, al tomo 2.300 del archivo, libro 157, folio 68, finca núm. 1.153, a nombre de la demandada “Parque Meridiana, S. A.”, y adjudici-

cada por Banco Exterior de España, S. A., pertenece en realidad en pleno dominio a la compañía Mateu y Mateu, S. A., de la que la primera era igualmente fiduciaria. Cuarto.—Se declare la nulidad radical e insubsanable de los siguientes actos y contratos: A) De la escritura de hipoteca otorgada en fecha 9 de mayo de 1979, en la que don Ramón Mateu Casadevall, en nombre y representación de Parque Meridiana, S. A., la otorga a favor del Banco Exterior de España para garantizar los créditos de Mateu y Mateu, S. A., y de Mateu y Mateu de Transportes, S. A. B) De la adjudicación al Banco Exterior de España, otorgado por el titular del Juzgado núm. 6 de los de Barcelona, por auto de fecha 21 de septiembre de 1981, e inscrito en el Registro de la Propiedad en fecha 4 de marzo de 1982. C) Del acuerdo tomado el 18 de mayo de 1982, por el Banco Exterior de España, por medio de su comité ejecutivo del Consejo de Administración en el que se acuerda vender la finca que se había adjudicado en tercera subasta judicial, según auto del Juzgado núm. 6 de Barcelona, de 21 de septiembre de 1981, por 67.500.000 pesetas. D) De la escritura de venta entre Banco Exterior y Federico Corominas, S. A., el 18 de julio de 1982. E) De la escritura de venta otorgada por Federico Corominas, S. A., en favor de don Francisco Javier Martín Baró, don Manuel Márquez Rodríguez, don Tomás Corral García, don Fernando Capa Vigo, don Jaime Quert Pedrós, don Antonio Dacasa Castro, don Jaime Mercader Torruella, el 23 de octubre de 1984, ante el Notario don Antonio Roldán Rodríguez. F) De la escritura de venta efectuada por los señores Martín Márquez, Corral, Capa, Quert, Dacasa, Mercader, a favor de la compañía Clasificación y Estibas Barcelona, S. A., en fecha 9 de noviembre de 1984, ante el Notario don Antonio Roldán Rodríguez. G) De cualquier otro acto de disposición que se realice en el futuro por Banco Exterior de España o "Clasificación y Estibas Barcelona, S. A.", respecto de la finca inscrita en su día a nombre de "Parque Meridiana, S. A.". Quinto.—Subsidiariamente con la anterior, se anulen o revoquen todos los actos o contratos enunciados en el pedimento cuarto, por carentes de causa y realizados en fraude de los acreedores. Sexto.—Se declare la nulidad y se ordene la cancelación de todas y cada una de las inscripciones obrantes en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil, practicadas a consecuencia de los actos y contratos objeto del pedimento cuarto, así como de cualesquiera asientos o inscripciones que deriven de aquéllas, ya sea con respecto a "Parque Meridiana, S. A.", ya respecto de las compañías demandadas o personas físicas en su calidad de accionistas de la misma. Séptimo.—Y en su consecuencia, se pronuncien las siguientes condenas: a) A todos los demandados, a estar y pasar por las anteriores declaraciones. b) A los demandados, Banco Exterior de España, "Federico Corominas, S. A.", don Francisco Javier Martín Baró, don Manuel Márquez Rodríguez, don Tomás Corral García, don Fernando Capa Vigo, don Jaime Quert Pedrós, don Antonio Dacasa Castro, don Jaime Mercader Torruella y "Clasificación y Estibas Barcelona, S. A.", a restituir a la masa de acreedores de la Compañía Mateu y Mateu, S. A., representada por la Comisión actora y a la propia compañía Mateu y Mateu, S. A., el inmueble sito en Avenida Meridiana, núm. 7, a que se refiere el pedimento tercero, dándole un plazo para que otorguen la correspondiente escritura pública de transmisión de dominio, y con apercibimiento de que, de no realizarlo en el plazo señalado, será la escritura otorgada por el Juzgado a su costa; reservándose su derecho a percibir las cantidades que acrediten haber hecho efectivas conforme a Derecho, dentro de la liquidación de la quiebra y a prorrata con los demás acreedores. c) A Banco Exterior de España

ña, S. A., “Federico Corominas, S. A.”, don Francisco Javier Martín Baró, don Manuel Márquez Rodríguez, don Tomás Corral García, don Fernando Capa Vigo, don Jaime Quert Pedrós, don Antonio Dacasa Castro, don Jaime Mercader Torruella y “Clasificación y Estibas Barcelona, S. A.”, y quienes sean sus administradores legales, o causahabientes, a que en el plazo legal que se les señale, hagan entrega a la Comisión actora de la posesión de la tan repetida finca de Avenida de Meridiana, 7, dejándola libre, vacua y expedita, con apercibimiento de lanzamiento en su caso. *d)* A los demandados que hayan sido administradores de “Parque Meridiana, S. A.”, y de la finca desde la fecha en que fue adjudicada hasta el día en que sea firme la sentencia, a reintegrar a la masa de la quiebra de la compañía Mateu y Mateu, S. A., cuantas cantidades hayan percibido en concepto de alquileres, frutos o rentas por razón de la finca de la Avenida Meridiana, 7, descrita en el pedimento tercero. *e)* Se ordene a los demandados, “Federico Corominas, S. A.”, don Francisco Javier Martín Baró, don Tomás Corral García, don Fernando Capa Vigo, don Jaime Quert Pedrós, don Antonio Decasa Castro, don Jaime Mercader Torruella y a “Clasificación y Estibas Barcelona, S. A.”, a restituir a la masa de acreedores de la compañía Mateu y Mateu, S. A., representada por la Comisión actora, el inmueble sito en la Avenida Meridiana, núm. 7, a que se refiere el pedimento 3.º, dándole un plazo para que otorgue la correspondiente escritura pública de transmisión del dominio y con apercibimiento de que de no realizarlo en el plazo señalado será la escritura otorgada por el Juzgado a su costa; reservándole su derecho a percibir las cantidades que acrediten haber [*sic*] efectivas conforme a Derecho dentro de la liquidación de la quiebra y a prorrata con los demás acreedores. *f)* Se ordene la correspondiente inscripción registral del pleno dominio de la finca anteriormente mencionada a favor de Mateu y Mateu, S. A., librándose al efecto el oportuno mandamiento al señor Registrador de la Propiedad núm. 1 de los de Barcelona, juntamente con testimonio de la sentencia que se dicte, para que sirva como título de la inscripción. Octavo.—Se condene a los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores y al pago de las costas de este procedimiento si se opusiere».

f) Por el Juez de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, se dictó sentencia con fecha 12 de febrero de 1993, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Fallo: Que estimando parcialmente la demanda promovida por “Comisión Liquidadora de Mateu y Mateu, S. A.” y otros contra “Parque Meridiana, S. A.” y otros, y desestimando las excepciones que no resultan expresamente aceptadas, debo de realizar los siguientes pronunciamientos: 1.º Debo declarar y declaro que don Ramón Mateu Casadevall y “Mateu y Mateu, S. A.” carecen de legitimación para ejercitar las acciones que esgrimen en la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones instadas, en su contra en cuanto lo han sido en su nombre, pero viniendo obligados como litigantes que han sido a estar y pasar por las restantes declaraciones. 2.º Debo de absolver y absuelvo en cuanto a las acciones ejercitadas por la “Comisión Liquidadora de Mateu y Mateu, S. A.”, a los demandados “Banco de Comercio, S. A.” (antes Induban, S. A.), don Carlos Forcada Casanovas, don Tomás Lamarca Abelló, don Roberto Vega González, don Luis Ramírez Feliú y don Joaquín Vidal Rius. 3.º Debo declarar no haber lugar a los pedimentos primero y segundo de la demanda, relativos a las acciones de la demandada “Parque Meridiana, S. A.”, por lo que debo absolver y absuelvo de la demanda a los herederos de don

Mariano Mateu Casadevall y a don Juan Mateu Martí. 4.º Debo asimismo declarar y declaro: A) Que el 9 de mayo de 1979, la finca sita en la Avenida Meridiana, núm. 7, de ésta, pertenecía en pleno dominio a la Cía. "Mateu y Mateu, S. A.", por ser meros fiduciarios tanto don Ramón Mateu Casadevall (hasta el 26 de marzo de 1979 en que la aportó a la demandada "Parque Meridiana, S. A.") como esta última compañía. B) Que por haberse retrotraído los efectos de la declaración de quiebra de "Mateu y Mateu, S. A." a 1 de abril de 1976 son nulos, con nulidad radical, *ipse legis potestate et auctoritate*, los siguientes actos y contratos: a) La escritura de hipoteca otorgada en fecha de 9 de mayo de 1979 por don Ramón Mateu Casadevall en nombre de "Parque Meridiana, S. A.", en garantía de créditos que era titular el Banco Exterior de España frente a "Mateu y Mateu, S. A.", y "Mateu y Mateu de Transportes, S. A." b) La adjudicación de dicha finca acordada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barcelona, por auto de 21 de septiembre de 1981. c) La escritura de compraventa otorgada por Banco Exterior de España a favor de "Federico Corominas, S. A.", el 18 de junio de 1902. d) La escritura de compraventa otorgada por "Federico Corominas, S. A.", el 23 de octubre de 1984, a favor de don Francisco Javier Martín Baró, don Manuel Márquez Rodríguez, don Tomás Corral García, don Fernando Capa Viger, don Jaime Quert Padrós, don Antonio Lacasa Castro y don Jaime Mercader Torruella. e) La escritura de compraventa otorgada por los demandados señores Martín, Márquez, Mínguez, Corral, Capa, Quert, Lacasa y Mercader, el 9 de noviembre de 1984 a favor de "Clasificación y Estibas Barcelona, S. A.". f) Cualquier otro acto de disposición que sobre la finca se haya verificado o se realice en el futuro por cualquiera de los citados demandados. 5.º Debo declarar y declaro la nulidad radical de las inscripciones registrales practicadas por los actos declarados nulos en los anteriores pronunciamientos y concretamente de las inscripciones números 8 y siguientes de la finca núm. 1153 del Registro de la Propiedad núm. 12 de Barcelona, con las especificaciones que figuran en las certificaciones obrantes en autos, debiéndose proceder a la cancelación por el Registro de la Propiedad de tales inscripciones y cualesquiera otras que de ellas traigan causa. 6.º Que, como consecuencia de los anteriores pronunciamientos, debo condenar y condeno: A) "Parque Meridiana, S. A.", a que firme que sea la presente sentencia, en el plazo que se fije en ejecución de la misma, otorgue escritura pública de cesión y entrega de la finca litigiosa a la Comisión actora, en cuanto titular de los derechos y acciones de "Mateu y Mateu, S. A.", con apercibimiento de que, de no verificarlo, se lo realizará el Juzgado a su costa. B) A todos los demandados que fueron parte en los actos nulos, a estar y pasar por las anteriores declaraciones, reservándoseles su derecho a presentar a la liquidación de la quiebra de "Mateu y Mateu, S. A.", cualquier reclamación por precios pagados o gastos devengados. C) A la demandada "Clasificación y Estibas Barcelona", a que, firme que sea esta sentencia, y en el plazo perentorio que se fije en ejecución de la misma, ponga a disposición de la comisión actora la finca litigiosa, libre, vacua y expedita, procediéndose, en caso de incumplimiento, a acordar el lanzamiento. D) A los demandados afectados por las anteriores declaraciones y condena, para que, desde la fecha en que la finca fue adjudicada a "Banco Exterior de España" hasta que se reintegre en su posesión a la Comisión Liquidadora, rindan cuenta de cuantas cantidades hayan percibido en concepto de alquileres, frutos o rentas de la finca litigiosa, y a pagar a la Comisión el saldo que resulte. 7.º Y, en último término, debo condenar y condeno al demandado "Banco Exterior de Espa-

ña, S. A." al pago de las costas y gastos ocasionados por el litigio a la Comisión Liquidadora, por su temeridad y mala fe: no procediendo realizar pronunciamientos condenatorios respecto de los demás litigantes, de modo que cada litigante hará frente a sus costas y gastos, y a los comunes en la proporción que corresponda».

g) Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación que fueron admitidos, sustanciada la alzada, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en fecha 1 de diciembre de 1994, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Fallamos: Que acogiendo los recursos de apelación interpuestos por las representaciones del Banco Exterior de España, S. A., y Clasificación y Estibas Barcelona, S. A., debemos revocar y revocamos la sentencia dictada en los autos de que dimana el presente rollo por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Barcelona, cuya parte dispositiva se ha transcrito anteriormente y, en su lugar, con desestimación de la demanda formulada por la representación de la Comisión Liquidadora de Mateu y Mateu, S. A., y de don Ramón Mateu Casadevall, debemos absolver y absolvemos a los demandados "Parque Meridiana, S. A.", Banco Exterior de España, S. A., Banco de Comercio, S. A., don Carlos Forcada Casanovas, don Tomás Labarca Abelló, don Roberto Verga González, ignorados herederos de Mariano Mateu Casadevall, don Juan Mateu Martí, Federico Corominas, S. A., don Francisco Javier Martín Baró, don Manuel Márquez Rodríguez, doña María Angeles Santos García, don Tomás Corral García, don Fernando Capa Vigo, don Jaime Quert Pedrós, don Antonio Dacasa Castro, don Jaime Mercader Torruella, Clasificación y Estibas Barna, S. A., don Luis Ramírez Feliú y don Joaquín Vidal Rius, de las pretensiones en su contra ejercitadas, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias».

Entre otros razonamientos, la Sección negó la legitimación activa de la Comisión Liquidadora para ejercitar las acciones ejercidas en la demanda, estimando que la legitimación para el ejercicio de la acción de declaración de nulidad de los actos de dominio y de administración realizados por la deudora en el período de retroacción corresponde únicamente a los síndicos, de conformidad con lo previsto por el artículo 1.366 LEC (de 1881). No obstante, pese al reconocimiento de la existencia del óbice procesal señalado, la Sección entró a resolver sobre las declaraciones de nulidad pretendidas por la parte actora, desestimando finalmente tal pretensión de manera ampliamente motivada.

h) Por la Procuradora de los Tribunales, señora Martín Rico, en nombre y representación de la Comisión Liquidadora de Mateu y Mateu, S. A., se formalizó recurso de casación contra la sentencia recaída en apelación fundado en los siguientes motivos: Primero, con base en el artículo 5.4 LOPJ, por infracción del artículo 24 CE, en cuanto que se priva a su mandante de una acción que la ley le concede, provocando lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Segundo, con base en el artículo 1.692.4 LEC (de 1881), por infracción del artículo 878, párrafo 2, del Código de Comercio, y de modo complementario, del artículo 1.366 LEC (de 1881); viniendo a justificar, ahora desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, la legitimación activa del recurrente. Tercero, al amparo del artículo 1.692.4 LEC (de 1881), por infracción del artículo 878.2 del Código de Comercio y, subsidiariamente, de los artículos 1.262.3 y 1.275 del Código Civil, en relación con el artículo 1.253

de dicho Código, por lo que se refiere a la pretensión de estimación de la declaración de nulidad de los actos relacionados en el recurso.

Admitido el recurso y practicadas las actuaciones pertinentes, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó la sentencia núm. 242/2000, de 15 de marzo, por la que desestimó el recurso de casación interpuesto por la Comisión Liquidadora de Mateu y Mateu, S. A., contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 1 de diciembre de 1994, que no sólo declaró la falta de legitimación de la recurrente, reproduciendo y abundando a este respecto en los razonamientos sustentados en la sentencia recurrida, sino que entró también en el fondo del tercer motivo de impugnación, referido a la nulidad de la hipoteca sobre la finca objeto de controversia y a la titularidad de este inmueble.

3. La recurrente denuncia la vulneración de los artículos 24 y 14 CE por la sentencia del Tribunal Supremo 242/2000, de 15 de marzo, que confirma la recaída en apelación con apoyo en los siguientes motivos según se expone en la fundamentación jurídica de la demanda:

a) Infracción del derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE) que, a juicio de la recurrente, se habría producido porque la sentencia recurrida niega legitimación activa a la Comisión Liquidadora recurrente al considerar que la única legitimada para el ejercicio de las acciones de retroacción es la sindicatura de la quiebra, el ejercicio legítimo de acciones que le corresponden.

b) Infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, ya que la sentencia recurrida, al negar legitimación activa a la Comisión Liquidadora de la masa de acreedores de la quebrada, se aparta de la doctrina seguida en dos sentencias de la misma Sala del Tribunal Supremo, de fechas 28 de febrero de 1989 y 14 de abril de 1992, que reconocieron esa legitimación a las Comisiones Liquidadoras designadas en dos convenios suscritos en sendos expedientes de suspensión de pagos.

Por lo expuesto, la recurrente solicita de este Tribunal que dicte sentencia estimatoria del amparo, la cual declare la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 242/2000, de 15 de marzo, en cuanto a la desestimación del motivo primero, del recurso de casación formulado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de diciembre de 1994; ordene «la devolución de los autos a la referida Sala del Alto Tribunal para que dicte nueva sentencia en el recurso de casación ... y reconociendo la legitimación de la recurrente para el ejercicio de las acciones que le fueron encomendadas por convenio aprobado judicialmente», «dejar en libertad a la Sala del Tribunal para que, restablecido el derecho de mi mandante, se pronuncie con libertad sobre si la acción de retroacción instada por la recurrente es o no conforme a Derecho».

Mediante otrosí solicita, al amparo del artículo 52.2 LOTC, la sustitución del trámite de alegaciones por la celebración de vista oral.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido desestimar el recurso de amparo interpuesto, basándose en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. Conforme se ha expuesto en los antecedentes, queja que formula la demandante de amparo contra sentencia de la Sala de

lo Civil del Tribunal Supremo núm. 242/2000, de 15 de marzo, se fundamenta en dos motivos. Modificando el orden de exposición utilizado por la demandante de amparo a efectos de su tratamiento en esta sentencia precisaremos que uno viene referido a la lesión del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, con invocación del artículo 14.c) CE, por cuanto (aduce la Comisión Liquidadora recurrente) se ha producido en el presente caso un cambio de criterio de la Sala respecto de casos idénticos juzgados por ella con anterioridad sin que se ofrezca un razonamiento que lo justifique. Otro denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el artículo 24.1 CE, que se habría producido al alegar la resolución judicial impugnada legitimación activa a la Comisión Liquidadora para el ejercicio de las acciones de nulidad derivadas de la retroacción de la quiebra.

2. Por lo que se refiere al primero de los motivos de amparo enunciados en el apartado anterior, es decir, a la infracción del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, hay que recordar que es jurisprudencia constitucional constantemente reiterada la exigencia de que se aporte por el demandante un elemento de contraste adecuado que permita a este Tribunal entrar a valorar la efectiva aplicación discriminatoria de la Ley al supuesto debatido respecto de otros casos idénticos anteriormente resueltos por el mismo órgano judicial (SSTC 181/1987, de 13 de noviembre, y las allí citadas; 159/1989, de 6 de octubre, FJ 2; 160/1993, de 17 de mayo, FJ 3; 119/1994, de 25 de abril, FJ 2; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2, entre otras muchas). El que se trate de casos iguales o idénticos es condición necesaria para que pueda formularse el juicio de desigualdad; pero, además, el reproche de desigualdad en la aplicación de la Ley exige, en uno y otro término del objeto de comparación, la identidad del órgano judicial que resuelve (SSTC 119/1994, de 25 de abril, FJ 2; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5), puesto que lo que ha de valorarse, en definitiva, es si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (art. 117.3 CE) y consecuencia de una diferente ponderación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión, o un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable (SSTC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 181/1987, de 13 de noviembre; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5), es decir, en expresión popular, la utilización de una doble vara de medir. De tal manera que cuando se produce una valoración distinta en un asunto igual a otro anteriormente juzgado, sin que el órgano judicial razone el cambio de opinión, se produce la infracción del artículo 14 CE.

En el presente caso, la demandante invoca como términos de comparación con la sentencia impugnada, las dictadas por el Tribunal Supremo en fechas 28 de febrero de 1989 y 14 de abril de 1992, reconociendo legitimación activa a dos comisiones liquidadoras para representar a la masa de acreedores de dos procedimientos concursales. Las indicadas sentencias de contraste fueron dictadas, en efecto, por el mismo órgano judicial, pero hay que destacar que la composición subjetiva de las correspondientes comisiones fue diferente en cada caso. Y por otro lado es necesario resaltar (como no oculta la recurrente en sus escritos de demanda y alegaciones) que en las resoluciones esgrimidas como elemento de contraste se contemplaban dos Comisiones liquidadoras designadas en convenios suscritos en procedimientos de suspensión de pagos. Esta circunstancia sitúa los casos enjuiciados por las resoluciones judiciales ofrecidas como término de comparación en unas coordenadas jurídicas que

hace que resulten inadecuadas como soporte para proceder a un juicio sobre la aplicación igualitaria de la Ley, dado que no guardan identidad con el supuesto contemplado en la sentencia impugnada en este proceso constitucional. No es necesario abundar en esta sede en las diferencias que en los planos de su naturaleza jurídico-mercantil y de su tramitación y finalidad presentan las instituciones concursales de la quiebra y suspensión de pagos. Baste con recordar un extremo obvio, como hacen en sus correspondientes escritos de alegaciones la que fue la parte recurrida en casación y el Ministerio Fiscal: que en el procedimiento de suspensión de pagos, a diferencia de en el de quiebra, no existe período de retroacción ni un órgano de administración de la masa legalmente predeterminado, por cuanto que en la institución de la suspensión de pagos no se produce, en principio, la inhabilitación del suspenso o el «desapoderamiento» de sus administradores respecto de la gestión y administración de su patrimonio, cuestiones estas que centran el debate suscitado en la sentencia de casación frente a la cual se demanda amparo. En efecto, el Tribunal Supremo razona y motiva en Derecho su consideración de negar legitimación activa a la Comisión Liquidadora de Mateu y Mateu, S. A., para el ejercicio de las acciones de retroacción de la quiebra de la sociedad mercantil, poniendo de manifiesto al propio tiempo el diferente sustrato legal en el que se inserta el caso que enjuicia respecto del contemplado en la sentencia del Alto Tribunal de 14 de abril de 1992, esgrimida en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación y que ahora se presenta como uno de los elementos de contraste en relación con la sentencia del Tribunal Supremo, atribuyéndole el valor de fundamento de la alegación de violación del principio de igualdad en la aplicación de la Ley. La resolución de casación señala expresamente, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, que la cita de la sentencia referida «resulta irrelevante para el supuesto enjuiciado, pues hace referencia a una comisión nacida de un convenio realizado en el expediente de suspensión de pagos [por lo que] no puede trasvasarse a la quiebra y porque [en el caso contemplado en la sentencia] se refiere, no a las acciones de retroacción, sino a la subrogación por los acreedores y a la responsabilidad universal del deudor» (Fundamento de Derecho tercero, *in fine*).

Lo expuesto hasta aquí debe conducir necesariamente a la desestimación del motivo de amparo que venimos examinando, pues no se presenta por la Comisión Liquidadora recurrente un término de contraste adecuado que permita sustentar un reproche de tratamiento desigual en la aplicación de la Ley. Este hecho es apreciado por la sentencia impugnada, según se ha señalado con anterioridad. Pero, aun admitiendo que el supuesto de hecho fuera idéntico al de contraste, la propia Sala sentenciadora es consciente de la doctrina que se cita como término de comparación y se aparta de ella razonando su decisión, lo que excluye de raíz la lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley que se denuncia.

3. Entrando ya, por el orden establecido, en la otra queja de amparo, en la que se denuncia por la demandante la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE al haber negado la sentencia impugnada en la misma línea seguida por la Audiencia, legitimación activa a la Comisión Liquidadora de Mateu y Mateu, S. A., para poder ejercitar las acciones impugnatorias de los actos realizados por la entidad quebrada en el período de retroacción de la quiebra, conviene hacer una precisión previa, por lo que luego se dirá, antes de adentrarse en el análisis del fondo de la queja que se suscita. La sentencia de casación impugnada declara la falta de legi-

timación activa de la recurrente y confirma la sentencia recurrida de la Audiencia que ya había apreciado tal defecto procesal. Este dato es relevante porque la posible existencia de lesión de alcance constitucional se produciría por la resolución dictada en grado de apelación, motivo por el cual la Comisión Liquidadora denunció tal vulneración en su recurso de casación. Sin embargo, la demanda de amparo no solicita de este Tribunal la anulación de la sentencia recaída en casación y de la dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 1 de diciembre de 1994, de la que trae causa aquélla, pidiendo, como consecuencia lógica de la estimación de la nulidad, que se retrotraiga el procedimiento a la fase de apelación para que en ella se subsane la lesión pretendidamente sufrida y no estimada por el Tribunal Supremo, sino que sólo solicita la declaración de la nulidad de la sentencia de casación, en cuanto en ésta se desestima el motivo primero del recurso del que trae causa, es decir, la negación de la legitimación referida. Se trata de un dato elocuente que revela la verdadera finalidad que la demandante pretende alcanzar, según se verá más adelante (FJ 5), con la interposición del presente recurso de amparo.

4. Conforme hemos venido reiterando tan insistentemente que hace innecesaria la cita de ningún concreto pronunciamiento, no corresponde a este Tribunal entrar a revisar la interpretación que los órganos integrantes del Poder Judicial realizan en la aplicación de la Ley a los asuntos sometidos a su jurisdicción. A los Jueces y a los Tribunales ordinarios les corresponde en exclusiva la interpretación y la aplicación de la legalidad, tanto sustantiva como procesal, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), sin que el Tribunal Constitucional pueda interferir en esa competencia que les es constitucionalmente reservada, ni pueda garantizar, por otro lado, el acierto en el desempeño de la misma. Como hemos declarado en numerosas ocasiones (STC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5, y otras muchas allí citadas), el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, y, por tanto, el recurso de amparo no es el cauce idóneo para corregir posibles errores cometidos en el desempeño de esa labor, salvo en aquellos casos en los que la interpretación judicial incurra en arbitrariedad, exprese manifiesta irracionalidad o sea fruto de un error patente (SSTC 58/1995, de 10 de marzo, FJ 4; 138/1995, de 25 de septiembre, FJ 2, *in fine*, entre otras). La cuestión planteada, el reconocimiento o no de legitimación activa para accionar a la Comisión Liquidadora demandante, es una cuestión de legalidad ordinaria que compete en exclusiva decidir a los órganos de la Administración de Justicia de acuerdo con las normas dispuestas al efecto por el Ordenamiento jurídico; ahora bien, su incidencia sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, constitucionalmente consagrado en el artículo 24 CE, exige de dichos órganos evitar que sus resoluciones puedan suponer una denegación del acceso a la justicia o al proceso.

La denegación de acceso al proceso, ya que la demandante obtuvo en primera instancia una sentencia parcialmente estimatoria de su pretensión y en apelación y casación sendas resoluciones desestimatorias de ella. Por otro lado, conforme ha sido ya apuntado, es preciso señalar, frente a la queja que denuncia la vulneración del artículo 24.1 CE como consecuencia de la indefensión producida a la demandante por la sentencia frente a la que se demanda amparo al negarle legitimación activa para el ejercicio de la acción que pretende que, tanto la Audiencia al resolver el recurso de apelación, como el

Tribunal Supremo en su sentencia de casación, afrontan el fondo de la cuestión planteada en el proceso y concluyen que la acción de nulidad pretendida por la recurrente respecto de negocios realizados pretendidamente en perjuicio de la masa de la quiebra, y la reclamación en favor de ésta de la titularidad del inmueble objeto del litigio, no pueden prosperar por razones sustantivas que tienen que ver con la naturaleza y titularidad de los derechos derivados de los negocios, cuya declaración de nulidad pretende obtener la demandante de amparo.

Así, la Audiencia Provincial de Barcelona sostiene en su sentencia, en primer lugar, que el convenio vincula al quebrado y a todos los acreedores anteriores a la declaración de la quiebra, incluso a los disidentes, pero no a terceros, estimando, de este modo, la excepción alegada precisamente por un tercero. Posteriormente, tras analizar la división del procedimiento de quiebra en cinco secciones y afirmar que existe un cierto orden temporal en su realización, de lo que derivan nuevas implicaciones en orden a negar la legitimación activa de la apelante, examina la cuestionada validez de los negocios transmisivos y la pretendida nulidad de la hipoteca constituida en favor de la demandada en la instancia (Banco Exterior de España, S. A.), que desestima por razones de fondo referidas a la existencia de un negocio fiduciario que determinó que la finca hipotecada no ingresara en ningún momento en el patrimonio de la quebrada, Mateu y Mateu, S. A. Y lo mismo sucede con la sentencia dictada en casación, la cual, tras abordar los dos motivos referidos a la legitimación activa formulados por la demandante (el primero desde el ángulo constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, y el segundo desde el plano de la legalidad ordinaria), entra en la consideración de la supuesta nulidad de los negocios e hipoteca referidos, reiterando los fundamentos establecidos por la sentencia recurrida, lo que significa, en todo caso, una desestimación del fondo de la pretensión.

Esta circunstancia, es decir, que los Tribunales de Justicia hayan entrado a examinar el fondo de la cuestión planteada, motivando y razonando en Derecho la respuesta a la misma, aleja el presente caso del supuesto de hecho de la indefensión proscrita por el artículo 24 de la Constitución, puesto que la previa declaración formal de falta de legitimación activa no ha operado aquí en su condición de óbice de conocimiento de la pretensión jurídica formulada. En correcto rigor técnico no puede afirmarse, como sostiene la demandante, que la resolución impugnada haya provocado su indefensión efectiva o real (que es a la que ha de atender este Tribunal como garante último del cumplimiento de los derechos fundamentales: *in extenso*, SSTC 35/1989, de 14 de febrero, FJ 3; 316/1994, de 28 de noviembre, FJ 2, entre muchas otras), dado que, como ha quedado expuesto con anterioridad, la sentencia frente a la que se pide amparo razona y motiva suficientemente su fallo, por más que pueda estarse legítimamente en desacuerdo con el razonamiento jurídico desarrollado, que en todo caso no puede tacharse de arbitrario, manifiestamente irrazonable o fruto de error patente.

5. No se le oculta a la recurrente el óbice que para su pretensión de amparo representa la línea argumental seguida en el fundamento jurídico anterior. Consciente de ello, tanto en la demanda de amparo como en el escrito de alegaciones presentado ante este Tribunal en el trámite previsto por el artículo 52 LOTC, orienta su pretensión fundamentalmente a combatir los perjuicios que pudiera irrogarle en el futuro la subsistencia incólume de la doctrina sobre la negación de legitimación activa a la Comisión Liquidadora

contenida en la sentencia de casación impugnada respecto de otras resoluciones que han resultado favorables para sus pretensiones, alguna de las cuales se encuentra recurrida en casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Así lo ponen de manifiesto los siguientes pasajes de la demanda:

1. «Por lo tanto, no será la impugnada la única sentencia que sobre este conflicto dicte el Alto Tribunal [el Supremo], puesto que ya se encuentran pendientes ante la misma Sala Primera los recursos de casación interpuestos contra las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona que han sido recurridas en casación, así como el dirigido contra la de la Audiencia Provincial de Granada. Exponemos lo que antecede con el fin de dejar claro desde el primer momento que la trascendencia de la resolución que impugnamos no se limita pues al litigio del que trae causa directamente, sino que previsiblemente podría afectar —por vía de precedente— a los restantes litigios que vienen detrás, y en los que mi mandante ha resultado hasta el momento vencedora en ambas instancias».

2. «En consecuencia, si se mantuviera que mi mandante carece de legitimación aquí, resultaría de forma evidente que también en los restantes litigios se le opondría de adverso dicha carencia. Y el triunfo de esa tesis podría dejar entonces a mi mandante en la más absoluta indefensión no sólo ahora, sino —por vía de precedente— en los litigios restantes que se encuentran en curso».

3. «A la vista de lo expuesto resulta pues que, si no prospera el recurso de amparo que aquí formulamos, mi mandante y la masa de acreedores de la que es órgano corre el riesgo de que las ulteriores sentencias que haya de dictar el Tribunal Supremo a consecuencia de los recursos de casación interpuestos por el Banco Exterior de España, puedan privar de todo derecho a la masa de acreedores a obtener el reintegro de los bienes fraudulentamente sustraídos con base en un precedente que ha sido emitido desconociendo obviamente la multiplicidad de sentencias de la Sección Quince de la Audiencia Provincial de Barcelona».

4. «Así pues, si no fuera por cuanto hemos expuesto hasta este momento, podría parecer que el recurso de amparo presente es del todo inútil, puesto que aún cuando prosperara nuestra pretensión y se declarara la legitimación de la Comisión Liquidadora a la que represento, la demanda habría de quedar igualmente desestimada por este otro fundamento de la sentencia del Tribunal Supremo [el que resuelve sobre el fondo]. Sin embargo, está claro, a la vista de lo expuesto en este escrito, que la petición que formulamos no es inútil ni superflua en absoluto; puesto que si mi mandante consintiera pacíficamente que la doctrina establecida por la sentencia, en relación con la legitimación de mi mandante, quedara definitivamente firme y no alzara contra ella la actual protesta por vulneración de sus derechos fundamentales, se correría el gravísimo riesgo de que los restantes pleitos que se encuentran ya pendientes ante el propio Tribunal Supremo, o en segunda instancia, se vieran desestimados por la propia Sala Primera al apreciar, en coherencia con su doctrina aquí establecida, que mi mandante carece de legitimación».

Resulta palmario, pues, que la demandante lo que pretende de este Tribunal mediante el presente recurso de amparo es corregir, a modo de casación, la interpretación del Tribunal Supremo sobre su capacidad procesal en el marco del supuesto enjuiciado, evitando de este modo la constitución de un precedente que pudiera perjudicarle en la decisión de futuras resoluciones. A este respecto, cabe recordar que los Tribunales están sometidos únicamente

a la Constitución y al imperio de la Ley (arts. 117.1 CE y 1 LOPJ), sin que les vinculen sus precedentes al extremo de impedirles apartarse de criterios anteriormente mantenidos cuando motivadas razones aconsejen variar el sentido del fallo (STC 47/1995, de 6 de febrero, FJ 3, con cita de otras anteriores, y STS de 14 de junio de 1996). Siendo, por tanto, la finalidad del presente recurso la prevención contra el daño que pudiera producir en el futuro a la demandante la supuesta aplicación del precedente en próximas resoluciones, ha de concluirse que nos encontramos ante la figura del amparo de finalidad preventiva, cautelar o por lesiones futuras, que ha sido reiteradamente rechazada por este Tribunal, afirmando que el recurso de amparo no está establecido para evitar eventuales lesiones futuras, respecto de las cuales resulta extemporáneo (SSTC 24/1981, de 14 de julio, FJ 5; 46/1986, de 21 de abril, FJ 5; 10/1991, de 17 de enero, FJ 4 *in fine*; 250/1994, de 19 de septiembre, FJ 3 *in fine*; 121/1997, de 1 de julio, FJ 6 *in fine*). En efecto, en este sentido nos hemos expresado ya desde el comienzo en nuestra temprana STC 24/1981, FJ 5, cuando afirmábamos sobre el caso enjuiciado que «la referida pretensión no es susceptible de amparo en el momento presente, ya que la recurrente trata de precaverse respecto a unas eventuales futuras lesiones que consecuentemente aún no se han producido y frente a las cuales el amparo constitucional resulta extemporáneo». Si, en su momento, el Tribunal que conociera de los recursos interpuestos por la Comisión Liquidadora demandante estimase, en ejercicio de su propia competencia jurisdiccional, aquel criterio en torno a la legitimación y consecuentemente declinara el conocimiento de la cuestión planteada, sería, en su caso, el momento de acudir a este Tribunal demandando un amparo que en este instante aparece manifiestamente prematuro.

Así pues, al no constatarse que la resolución del Tribunal Supremo, frente a la que se ha promovido el recurso que ahora enjuiciamos, haya producido lesiones efectivas de derechos fundamentales de la recurrente, ha de afirmarse la falta de contenido constitucional de la demanda.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 14 de febrero de 2000.—PRUEBA PERICIAL.—La falta de una prueba pericial caligráfica determinante para acreditar la participación de un demandado en el contrato en litigio produce indefensión y vulnera los derechos a la tutela judicial.—Sala 2.^a—Ponente: Señor Jiménez Sánchez.

Antecedentes de hecho.—a) Don Francisco Campo Echezarraga vendió, mediante documento privado, a don Arseli García Villacorta, un local comercial sito en Bilbao. Ante el incumplimiento del contrato por parte del comprador, el demandante del amparo interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía interesando la resolución del contrato de compraventa. La demanda fue estimada por el Juez en sentencia luego confirmada por la Audiencia Territorial.

b) En trámite de ejecución de la anterior decisión judicial, el demandado alegó que había arrendado el local litigioso a don Rafael Moreno Millán. Dadas las dificultades que de ello se derivaban para ejecutar la sentencia, y pese a la apariencia de tratarse de un contrato simulado o fraudulento, el solicitante del amparo acordó con don Rafael Moreno Millán y su esposa, doña Ana Julia del Vall Martínez solventar las diferencias existentes entre ellos mediante la

conclusión, en documento privado de 7 de marzo de 1989, de un contrato de compraventa.

c) Ante el incumplimiento de este nuevo contrato, don Francisco Campo Echezarraga promovió juicio de menor cuantía contra don Rafael Moreno Millán y su esposa doña Ana Julia del Vall Martínez, solicitando la resolución del contrato, la entrega del inmueble y los daños y perjuicios correspondientes.

d) El señor Moreno Millán se opuso a la demanda alegando, entre otros razonamientos, que el documento privado en el que se plasmó el contrato de compraventa objeto del pleito (documento núm. 6 de la demanda) era total y absolutamente falso, negando haberlo firmado y ratificado, y afirmando incluso desconocer su existencia.

e) Recibido el pleito a prueba, el demandante propuso, entre otros medios probatorios, la práctica de una pericial caligráfica dirigida a acreditar si las firmas estampadas en el documento privado en el que se plasmó el contrato de compraventa objeto del pleito correspondían a los demandados. El Juez, por Auto de 24 de junio de 1990, admitió esta prueba pericial, excluyendo del dictamen el extremo en el que el actor solicitaba que el perito dictaminase que la firma que, como del señor Moreno Millán, aparecía en el referido documento, había sido efectuada por él, aun cuando se hubiera estampado «con intención de ocultar sus rasgos, pretendiéndose hacerla pasar por la escritura y firma de otra persona».

Interpuesto recurso de reposición contra la denegación parcial de la pericial caligráfica propuesta, el Juez lo desestimó por Auto de 14 de junio de 1990.

f) Seguido el procedimiento en rebeldía respecto de doña Ana Julia del Vall Martínez, y sin que se practicase la prueba pericial caligráfica admitida, pese a que el actor reiteró su necesidad en el escrito de conclusiones, el Juez de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao (autos 139/90) dictó sentencia el 9 de julio de 1990 en la que estimó la demanda y declaró resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes, así como la inexistencia de cualquier otra relación jurídica entre ellas, condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones, a la entrega al actor del inmueble y al abono de los daños y perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia con expresa imposición de las costas.

g) Interpuesto recurso de apelación por don Rafael Moreno Millán, el demandante compareció ante la Audiencia como apelado e interesó, al amparo de los artículos 707 y 862.1 y 2 LEC, la práctica de la pericial caligráfica propuesta en primera instancia y que no se practicó por causas ajenas a él. La Sala, por Auto de 14 de enero de 1991, denegó esta pericial. Interpuesto recurso de súplica contra el referido Auto fue desestimado por otro Auto de 20 de marzo de 1991.

h) La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao (rollo 297/90) dictó sentencia el 20 de diciembre de 1991, en la que desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia.

En sus Fundamentos Jurídicos, la Sala basó su decisión, entre otros, en el siguiente razonamiento:

«En primer lugar, y por lo que se refiere al contrato de compraventa del local... de fecha 7 de marzo de 1989, se hace necesario determinar quiénes fueron parte en el mismo, considerando la Sala acreditado que intervinieron en él, de un lado, Francisco Campo como vendedor, y de otro, como compradores, Ana Julia del Vall y Rafael Moreno Millán, cuyos nombres aparecen en

el citado contrato, pues si bien este último niega haber firmado el contrato aportado por el demandante (Documento núm. 6 de los autos), lo que equivale a su falta de consentimiento, ninguna actividad ha desarrollado encaminada a acreditar tales hechos, demostrando un total desinterés sobre ese extremo, siendo la parte demandante la que propone la prueba pericial que admitida no llegó a practicarse, no pudiendo olvidarse que en la prueba de confesión judicial don Rafael Moreno mantuvo una postura elusiva manifestando, en esta ocasión, que “no sabía si había firmado” y que “no sabía si lo había hecho Ana Julia del Vall”, y todo ello cuando de conformidad con la doctrina jurisprudencial reiterada al demandado corresponde la carga de probar los hechos imputativos de su obligación».

i) Interpuesto recurso de casación por el señor Moreno Millán, alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, la Sala del Tribunal Supremo (recurso 2613/92) dictó sentencia el 8 de marzo de 1996, en cuyo fallo, tras declarar haber lugar al recurso de casación, anuló la sentencia de la Audiencia y revocó parcialmente la sentencia del Juez en fallo que contenía los siguientes pronunciamientos:

«Debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de compraventa de fecha siete de marzo de mil novecientos ochenta [sic] entre don Francisco Campo Echezarraga, como vendedor, y doña Ana Julia del Vall Martínez, como compradora, a que se refiere el documento número seis de los aportados con la demanda, condenando a la compradora a estar y pasar por esta declaración y al abono al demandante de los daños y perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia. Y debemos absolver y absolvemos a don Rafael Moreno Millán de esas pretensiones resolutoria e indemnizatoria. Y debemos declarar y declaramos no haber lugar a las demás pretensiones ejercitadas en la demanda de las que absolvemos a los codemandados. Condenamos a don Francisco Campo Echezarraga al pago de las costas de primera instancia causadas por don Rafael Moreno Millán, y condenamos a doña Ana Julia del Vall Martínez al pago de las costas de esa instancia. Sin hacer expresa condena en las causadas en la segunda instancia y en este recurso de casación...»

La Sala fundó su decisión, entre otros, en el siguiente razonamiento:

«Tercero.—El motivo primero, amparado en el actual ordinal 5.º, hoy 4.º, del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, alega infracción del artículo 1.214 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que expresamente cita; se argumenta que, alegada por el ahora recurrente la excepción de falta de legitimación pasiva al no haber sido parte en el contrato de compraventa cuya resolución se pide en la demanda, la sentencia recurrida ha invertido la carga de la prueba al hacer recaer sobre él la falta de prueba de su intervención en ese contrato.

En orden a la infracción del artículo 1.214 del Código Civil ha de tenerse en cuenta la reiterada y consolidada doctrina de esta Sala, según la cual dicho precepto no contiene regla alguna sobre valoración de la prueba y por su carácter genérico, relativo a la carga de ésta, no permite fundar sobre él un recurso de casación más que en el supuesto de que el Tribunal *a quo* haya invertido en su fallo el *onus probandi* y habida cuenta que el principio de atribución de carga de la prueba que establece el citado artículo 1.214 es un principio supletorio para el caso de que las partes no hayan desarrollado

actividad probatoria, dentro de sus posibilidades, según su situación y disponibilidad de medios.

En esta línea y recogiendo una doctrina jurisprudencial consolidada y posteriormente reiterada, la sentencia de 20 de febrero de 1960, citada por la de 17 de octubre de 1981, dice que "se llega a establecer como principio a seguir para precisar a quién debe corresponder la facultad de demostrar el fundamento esgrimido, que la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión corresponde al actor y, por el contrario es atribución del demandado la de los impeditivos o extintivos de la relación jurídica en discusión, sin perjuicio siempre del examen aislado de cada caso, a los fines de analizar los factores que se ofrecen para deducir por ellos cuál es el hecho que origina la constitución del derecho que se pide, o la extinción que la origina, llevándolo a declarar en otras que cuando el demandado no se limita a negar los hechos de la demanda y opone otros que sirven para desvirtuarlos, impedirlos o extinguirlos, queda, en cuanto a éstos, gravado con la demostración de aquellos que constituyen la base de su oposición"; y la sentencia de 18 de mayo de 1988, con cita de otras varias, se refiere a la correcta interpretación de la doctrina legal sobre la carga de la prueba, "según criterios flexibles y no tasados que se deben adoptar en cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte".

Aplicada la citada doctrina jurisprudencial al caso en litigio, pone de manifiesto la conculcación de la misma y del artículo 1.214 del Código Civil por la sentencia recurrida al decir en su Fundamento Jurídico primero que "en primer lugar, y por lo que se refiere al contrato de compraventa del local situado en la calle Uhagón, número 9, de fecha 7 de marzo de 1989, se hace necesario determinar quiénes fueron parte en el mismo, considerando la Sala acreditado que intervinieron en él, de un lado, Francisco Campo como vendedor, y de otro, como compradores, Ana Julia del Vall y Rafael Moreno Millán, cuyos nombres aparecen en el citado contrato, pues si bien este último niega haber firmado el contrato aportado por el demandante (Documento núm. 6 de los autos)", lo que equivale a su falta de consentimiento, ninguna actividad ha desarrollado encaminada a demostrar tales hechos demostrando un total desinterés sobre este extremo, siendo la parte demandante la que propone la prueba pericial que admitida no llegó a practicarse, no pudiendo olvidarse que en la prueba de confesión judicial don Rafael Moreno mantuvo una postura abusiva manifestando en esta ocasión, que "no sabía si había firmado" y que "no sabía si lo había hecho Ana Julia del Vall", y todo ello cuando de conformidad con la doctrina jurisprudencial reiterada al demandado corresponde la carga de probar los hechos impeditivos de su obligación.

Pretendida por el actor la resolución de un contrato de compraventa que dice haber celebrado con los codemandados es elemento constitutivo de su pretensión y, por ello, ha de pechar con la carga de su prueba, la existencia del consentimiento contractual, esencia de esa relación jurídica cuya resolución solicita y no puede considerarse como hecho impeditivo, como erróneamente entiende la Sala *a quo*, la negación de ese consentimiento por el ahora recurrente para fundamentar su falta de legitimación pasiva frente a la acción resolutoria ejercitada, por lo que no venía obligado a realizar actividad alguna probatoria de ese hecho negativo, como es su falta de intervención en el repetido contrato, era a la demandante recurrida a quien correspondía la prueba de ese hecho constitutivo, se repite, de su pretensión y quien ha de

soportar la falta de prueba, reconocida por la Sala sentenciadora de instancia sobre el carácter de comprador que se atribuye al codemandado recurrente, por todo ello se impone la estimación del motivo».

La demanda funda la queja de amparo en dos motivos:

En primer lugar se alega la indefensión por omisión lesiva del artículo 24.1 CE, por la denegación de prueba. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, con el efecto de desestimar la demanda en la que se postulaba la resolución del contrato de compraventa, al entender que no había quedado acreditado el hecho de la intervención del demandado, recurrente en casación, en el contrato, correspondiendo la carga de la prueba de este hecho al actor. Tal forma de proceder causa indefensión al recurrente, pues en tiempo oportuno propuso una prueba pericial caligráfica dirigida a acreditar la intervención de los demandados en el contrato objeto del pleito, no practicándose esta prueba por causas no imputables al demandante, habiendo hecho el recurrente todo lo que estuvo a su alcance para que dicha pericial se practicase. Por ello, si la Sala entendía que para decidir el pleito era necesaria la prueba omitida, a diferencia de lo que entendieron el Juzgado y la Audiencia, no debía fallar sin haber propiciado antes la práctica de esta prueba que fue oportunamente solicitada por el actor en ambas instancias.

En segundo término se alega la infracción del artículo 14 CE por la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que, a juicio del recurrente, se habría producido porque la sentencia recurrida se habría apartado de forma arbitraria y no razonada del criterio mantenido por la propia Sala Primera del Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación del artículo 1.214 del Código Civil en las sentencias, entre otras, de 14 de mayo de 1990, 6 de julio de 1984, 20 de mayo de 1987, 8 de noviembre de 1989, 10 de abril de 1990 y 4 de julio de 1990.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido otorgar el amparo solicitado por don Francisco Campo Echezarraga y, en virtud de ello:

1.º Declarar que han sido vulnerados los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa en el juicio de menor cuantía 139/90 del Juzgado de Primera Instancia, núm. 4 de Bilbao.

2.º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de 8 de marzo de 1996 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que declaró haber lugar al recurso de casación 2613/92, así como la de las sentencias de 9 de julio de 1990, del Juez de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao (autos 139/90), y de 20 de diciembre de 1991, de la Audiencia Provincial de Bilbao (rollo 297/90), y reponer las actuaciones al momento procesal oportuno.

Fundamentos jurídicos.—1. Dados los términos en que viene planteada la demanda, el presente recurso de amparo se concreta en dilucidar si la impugnada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 1996, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley del artículo 14 CE.

2. Se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la indefensión que se sigue para el demandante del hecho de que

la sentencia recurrida desestime, respecto del demandado recurrente en casación, la demanda civil por entender que, conforme a las reglas de la distribución de la carga de la prueba que resultan del artículo 1.214 del Código Civil, no acreditó que el demandado hubiera participado en el contrato objeto del pleito, cuando, en realidad, hizo todo lo que estaba a su alcance para probar que los demandados firmaron el documento privado en el que se plasmó el consentimiento contractual. Negado por el único demandado comparecido en el proceso que la firma estampada en el documento privado fuera suya, el actor propuso una prueba caligráfica dirigida a demostrar que las firmas obrantes en el documento contractual se correspondían con las de los demandados. Esta prueba, pese a que fue admitida por el Juez, no llegó a practicarse, interesándose nuevamente su práctica en la segunda instancia, lo que se denegó por la Audiencia. Por esta razón considera el demandante que se le causa una indefensión contraria al artículo 24.1 CE, pues se hace recaer sobre él la decisión de los órganos de instancia que no realizaron lo necesario para que la prueba de los hechos constitutivos de la demanda, en los términos interesados por el actor, obrase en autos.

3. A fin de resolver la cuestión planteada debe recordarse que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental inseparable del derecho de defensa que el artículo 24.2 CE reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso (SSTC 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero, por todas). Asimismo este Tribunal ha señalado que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues sólo procede la admisión de las pruebas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes al caso, correspondiendo el juicio de pertinencia y la decisión sobre la admisión de las pruebas propuestas a los órganos judiciales, al ser ésta una materia propia de la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 CE confiere en exclusiva a los Jueces y Tribunales, lo cual hace que sus decisiones no sean revisables por este Tribunal, salvo cuando el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación, o ésta sea insuficiente (SSTC 89/1995, de 6 de junio, FJ 6 y 131/1995, FJ 3), o la que se ofrezca resulte manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 52/1989, de 22 de febrero, FJ 2; 65/1992, de 29 de abril, FJ 3; 94/1992, de 11 de junio, FJ 3; 233/1992, de 19 de octubre, FJ 2; 1/1996, FJ 2).

Este Tribunal, igualmente, ha tenido ocasión de destacar que, en el proceso constitucional sólo procede entrar en el examen de la queja de amparo fundada en la eventual lesión del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que se reconoce en el artículo 24.2 CE, cuando la falta de práctica de la prueba propuesta ya sea porque fue inadmitida por los órganos judiciales o porque, aun cuando admitida, no llegó a practicarse por causas no imputables al demandante, haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo; 59/1991, de 14 de marzo; 205/1992, de 26 de noviembre; 357/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre).

Por esta razón hemos precisado también que quien sostenga ante este Tribunal la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinen-

tes, consagrado en el artículo 24.2 CE, debe cumplir con la carga de fundamentar y argumentar en la demanda las razones por las cuales la omisión de la prueba propuesta le ha provocado una indefensión material al ser relevante para la decisión final del proceso, pues sólo cuando de una manera convincente se infiera que, acaso, el fallo judicial pudo ser otro más favorable para el recurrente si la prueba omitida se hubiera practicado, podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (SSTC 116/1983, de 2 de diciembre; 30/1986, de 20 de febrero; 147/1987, de 25 de septiembre; 45/1990, de 15 de marzo; 357/1993, 1/1996).

No es función de este Tribunal determinar cuáles son las reglas que deben presidir la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil, lo que, en principio, constituye una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde a los órganos judiciales (art. 117.3 CE), por lo que sus decisiones en esta materia no pueden ser revisadas a través del recurso de amparo, salvo que entrañen la vulneración de un derecho fundamental, lo que ocurrirá cuando se exija a una de las partes una prueba imposible o diabólica que cause indefensión por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 2), o cuando se adopten reglas de distribución de la carga de la prueba que produzcan «situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso», pues el artículo 24.2 CE garantiza «la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio» (STC 227/1991, de 28 de noviembre, FJ 5).

4. En el presente caso no cabe dirigir ningún reproche a la aplicación que la sentencia recurrida hace del artículo 1.214 del Código Civil. La Sala Primera del Tribunal Supremo interpreta esta norma, limitada en sus términos literales a la prueba de las obligaciones, siguiendo una conocida y generalizada corriente doctrinal y jurisprudencial, en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión ejercitada en la demanda, por lo que debe correr con los efectos negativos de la falta de la prueba de dichos hechos (en el supuesto enjuiciado, de la falta de acreditación del hecho consistente en que el demandado firmó el contrato de compraventa cuya resolución se postulaba).

Al razonar de este modo, sin embargo, la Sala no reparó en la circunstancia de que el demandante (ahora recurrente en amparo) había propuesto, en tiempo y forma, una prueba pericial caligráfica que estaba dirigida a acreditar precisamente que los demandados habían manifestado su voluntad de concluir el contrato objeto del litigio mediante la estampación de sus firmas en el documento privado en el que se plasmó el consentimiento negocial. Dicha prueba fue admitida parcialmente por el Juzgado, pero no llegó a practicarse en primera instancia. Ante esta situación, el demandante reiteró la necesidad de su práctica en el escrito de conclusiones, y volvió a solicitar, al amparo de lo previsto en los artículos 707, 862.1 y 2 LEC, la realización de la pericial caligráfica en la segunda instancia, lo que fue denegado por la Audiencia mediante Auto que, recurrido en súplica, fue confirmado por la Sala.

De lo expuesto se desprende que el demandante ha sufrido los efectos negativos que se derivan de la falta de prueba de un hecho constitutivo de su pretensión (que el demandado intervino y firmó el contrato litigioso), sin que le sea imputable esta carencia probatoria, ya que hizo todo cuanto pro-

cesalmente estaba a su alcance para acreditar que los demandados firmaron el documento privado en el que se materializó el consentimiento contractual. Si la prueba pericial caligráfica, dirigida a acreditar dicho hecho, no se practicó, sólo a los órganos judiciales es imputable, por lo que de ello no puede derivarse un perjuicio para el recurrente como es la desestimación de su demanda.

La situación de indefensión en que la sentencia recurrida coloca al demandante de amparo al desestimar la demanda civil en su día formulada por no haber probado un hecho cuya acreditación se intentó mediante la prueba pericial caligráfica reiterada e insistentemente solicitada a lo largo del proceso, determina la lesión del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes reconocido en el artículo 24.2 CE, pues los órganos judiciales no pueden denegar una prueba oportunamente propuesta por las partes, o dejar de practicarla si ésta fue admitida, y luego fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida (SSTC 246/1994, de 19 de septiembre; 164/1996, de 28 de octubre), lo que obliga a otorgar el amparo, sin que sea preciso por ello entrar en el examen del segundo motivo del recurso en el que se alegaba la lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) por haberse apartado la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial mantenida en torno a la aplicación del artículo 1.214 del Código Civil.

5. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.1.c) LOTC, la sentencia que otorgue el amparo deberá contener los pronunciamientos necesarios para restablecer al recurrente en la integridad del derecho fundamental lesionado. En este sentido debe tenerse en cuenta que el demandante, si la sentencia de la Audiencia Provincial le hubiera sido desfavorable por aplicación de la regla de distribución de la carga de la prueba que, con apoyo en el artículo 1.214 del Código Civil, posteriormente ha sido aplicada por la sentencia ahora recurrida en amparo, hubiera podido interponer el recurso de casación, de acuerdo a los artículos 5.4 LOPJ y 1.692-3 LEC, con fundamento en la infracción del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes reconocidos en el artículo 24.2 CE, derivada de la denegación de la prueba pericial caligráfica en su día solicitada, lo que habría podido determinar, en su caso, que la sentencia declarando haber lugar a la casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.715.1.2 LEC, acordara la reposición de las actuaciones al estado y momento en que se hubiera producido la falta determinante de la infracción procesal causante de indefensión.

Para alcanzar un resultado semejante en el presente proceso resulta obligado declarar la nulidad de las sentencias producidas en instancia que, aun cuando no expresamente impugnadas en la demanda de amparo, son las realmente vulneradoras del derecho del recurrente a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE) y las que, consecuentemente, le han situado en un estado de indefensión (contrario a la exigencia contenida en el art. 24.1 CE).

Por todo lo anterior hemos de concluir que la forma cabal de restablecer al recurrente en la integridad del derecho fundamental lesionado exige anular todas las resoluciones judiciales contempladas, reponiendo las actuaciones judiciales al momento procesal oportuno que permita la práctica de la prueba pericial caligráfica omitida.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 24 de noviembre de 1998.—INDEFENSION. Se produce cuando el Juez no admite las pruebas de los hechos alegados en la demanda.—Sala 1.^a—Ponente: Señor Cruz Villalón.

Hechos.—a) Las sociedades mercantiles demandantes de amparo plantearon demanda de juicio de cognición contra «Comercial Sernauto, S. L.», don Luis Serna Moreno y doña María del Carmen Navarro Rodríguez en reclamación de la cantidad de 800.000 pesetas que la primera demandada les adeudaba como consecuencia del suministro de mercancías no pagadas, cantidad de la que debía ser declarado responsable solidario el segundo demandado, señor Serna Moreno, en su calidad de administrador de la sociedad demandada, por su actuación contraria a la ley, a los estatutos sociales o sin la diligencia que le era exigible como tal administrador de la sociedad code demandada, solicitándose también la condena de la señora Navarro Rodríguez como titular de la sociedad de gananciales formada con el administrador de la mercantil «Sernauto, S. L.», señor Serna Moreno.

b) La demanda fue admitida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia, el cual efectuó los correspondientes emplazamientos de los demandados para que en el término legal de nueve días compareciesen y contestasen a la demanda. Transcurrido este plazo sin que los demandados hubiesen comparecido, la parte actora solicitó de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, que se les emplazara por segunda vez con el apercibimiento legalmente previsto de que si no contestaban o alegaban causa suficiente para no hacerlo se les podría tener por conformes con los hechos de la demanda, dictándose a continuación la sentencia que procediera.

c) El Juzgado accedió a esta petición de la parte actora mediante providencia de 14 de diciembre de 1994, siendo en consecuencia los demandados emplazados nuevamente con aquel apercibimiento. Tras la nueva incomparecencia de los demandados, el Juzgado, mediante providencia de 6 de marzo de 1995, y haciendo uso de la facultad que le concede el precepto legal antes citado, ordenó que quedasen los autos conclusos y vistos para sentencia.

d) Con fecha 7 de marzo de 1995, el Juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda por estimar que la parte actora no había probado suficientemente los hechos fundamentadores de su doble pretensión.

Razonaba el Juzgado en cuanto al sustrato fáctico de la primera pretensión (es decir, que la mercantil demandada en primer lugar, no había satisfecho el importe de unas mercancías previamente compradas a las entidades actoras), que la parte demandante no había acreditado la real «existencia de las relaciones mercantiles entre las entidades demandantes y la entidad demandada, determinantes de un saldo a favor de las actoras por el total importe reclamado (pues los documentos que se aportan con la demanda están confeccionados por las propias entidades actoras y al no haber sido interesado el recibimiento del pleito a prueba no han quedado adveradas las firmas que se dicen estampadas por el codemandado don Luis Serna ni la entrega de las mercancías, sin que la aplicación del artículo 43 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 implique necesariamente que el juzgador tenga por conforme al demandado con las pretensiones deducidas».

En cuanto al soporte fáctico de la segunda pretensión contenida en la demanda (que el administrador de la mercantil demandada, en primer lugar, había actuado de forma contraria a la ley, a los estatutos sociales o de forma

negligente, ocasionando un perjuicio a terceros, esto es, a las entidades actoras, artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas), el Juzgado argumenta, igualmente, que la parte actora no ha acreditado tampoco «la negligencia en el actuar de los administradores de la sociedad, pues no consta mínimamente acreditado a través de la documentación aportada que la entidad demandante haya desaparecido *de facto* del mundo mercantil, ni constan tampoco las promesas, justificaciones y excusas a que se refieren las demandantes en el hecho segundo de la demanda ni, en definitiva, que el codemandado sea culpable por infracción legal o estatutaria o por la realización de actos en el desempeño de su cometido social».

e) Recurrida esta sentencia en apelación, en la que las hoy recurrentes en amparo efectuaron la correspondiente invocación de la indefensión que, a su juicio, les había generado la sentencia de instancia, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia de fecha 1 de junio de 1995, por la que confirmó íntegramente la de instancia, sin entrar a valorar específicamente aquel extremo.

En su demanda de amparo los recurrentes sostienen que la actuación del Juzgado de Primera Instancia las ha colocado en una situación de indefensión incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no ha sido corregida por la Audiencia a través del recurso de apelación por ellas interpuesto.

Entienden las recurrentes que tras el segundo emplazamiento efectuado a los demandados con el apercibimiento legal de poder tenerlos por conformes con los hechos de la demanda en caso de incomparecencia, el Juzgado, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, sólo tenía dos posibilidades, o bien tenerlos efectivamente por conformes con los hechos de la demanda y dar seguidamente los autos por conclusos, dictando, sin más trámite, sentencia íntegramente estimatoria de la demanda, o, por el contrario, si el Juez no estima conveniente hacer uso de la anterior facultad, disponer que el juicio continúe por sus trámites hasta sentencia, permitiendo que en la correspondiente fase probatoria la parte demandante pueda acreditar los hechos que sustentan su pretensión.

Continúan argumentando las recurrentes que el Juzgado no ha utilizado ninguna de las dos posibilidades legalmente previstas, sino una tercera que la ley no permite, cual es la de no seguir el proceso por sus trámites y, a pesar de ello, dictar sentencia desestimatoria de la demanda, habiéndoles impedido acreditar los hechos fundamentadores de su pretensión, pues no se les ha dado la posibilidad de solicitar el recibimiento del pleito a prueba. En consecuencia, el Juzgado, al no haberles permitido acreditar el sustrato fáctico de su pretensión, las ha colocado en una situación de indefensión incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.

* *Fallo.*—El Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido otorgar el amparo y, en consecuencia:

1.º Reconocer a las demandantes de amparo su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Anular las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de junio de 1995, recaída en el rollo 84/95, y la del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de esa capital, de 7 de marzo 1995, recaída en el juicio de cognición 808/94.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse sentencia en primera instancia a fin de que el Juez adopte cualquiera de las decisiones que son conformes al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión de las demandantes, con arreglo a lo declarado en esta sentencia.

Fundamentos jurídicos.—1. Las sociedades mercantiles que formulan conjuntamente el presente recurso de amparo denuncian una vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa por las sentencias recurridas, toda vez que el Juez que dictó la primera de ellas, en una aplicación incorrecta de lo previsto en el artículo 43 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, desestimó la demanda por falta de prueba de los hechos que fundamentan las pretensiones de los actores, cuando estaba obligado, bien a tener por probados los hechos de la demanda, bien a seguir la tramitación ordinaria del procedimiento, permitiendo en este caso al demandante proponer la prueba que a su derecho conviniese. Alegada indefensión ante la Audiencia Provincial, ésta no revocó la sentencia de instancia, conforme a lo pedido en primer lugar, ni tampoco aceptó el recibimiento a prueba, interesado de forma subsidiaria, confirmando así la anterior.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa el otorgamiento del amparo al entender vulnerado el derecho fundamental de las demandantes a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa con una interpretación formalista, arbitraria e irracional del artículo 43.2, ya citado. En caso de entender que no debía tener por acreditados los hechos de la demanda, una interpretación conforme a la Constitución de ese precepto hubiese impuesto seguir el proceso por sus trámites ordinarios, dando así ocasión al demandante a solicitar el recibimiento del pleito a prueba, sin que al mismo pueda achársele no haber formulado tal solicitud, sencillamente porque no tuvo oportunidad de hacerlo, ya que es en el juicio donde, si no hubiere conformidad en los hechos, deberá solicitarse.

2. Para la adecuada comprensión de la relevancia de la queja que se nos plantea debemos tener presente, en primer lugar, el contenido del precepto legal cuya infracción, según las demandantes y el Ministerio Fiscal ha dado lugar a la lesión constitucional denunciada. El artículo 43 del Decreto de 2 de noviembre de 1952, según la redacción dada por la Ley 34/1984, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece:

«Si el demandado no se persona en los autos dentro del plazo concedido, se dictará providencia declarándolo en rebeldía y dando por contestada la demanda, siguiendo el juicio su curso. Se notificarán en la sede del Juzgado dicha providencia y las demás que se dicten.

Si el demandado ha sido citado o emplazado en su persona o en la de un pariente que con él convive, podrá el demandante, en el plazo de tres días a contar desde el siguiente al de la notificación de la providencia a que se refiere el párrafo anterior, pedir que se le cite por segunda vez en la misma forma y con el apercibimiento de que si no comparece y no alega causa, se le podrá tener por conforme con los hechos aducidos en la demanda, dictando seguidamente la sentencia que proceda.

Si no comparece el demandado y el juez no estima conveniente hacer uso de la facultad que le atribuye el apartado anterior, ordenará la continuación del juicio conforme a lo establecido por los artículos 48 y siguientes».

En el presente caso, el Juez hizo uso de la posibilidad que le brinda este precepto y, tras una primera incomparecencia de los demandados, realizó, a instancia de las demandantes, el segundo emplazamiento que en él se prevé, apercibiendo a los demandados de que, si no lo verificase o alegase justa causa, se les tendría por conformes con los hechos aducidos en la demanda. No compareciendo estos últimos tampoco a este segundo llamamiento, y según también autoriza el precepto transcrito, el Juez dictó inmediatamente sentencia, sin seguir, pues, la tramitación ordinaria del proceso, con lo que ello supone en orden a pasar por alto la celebración del juicio y la propia posibilidad de abrir la fase de prueba. A pesar de ello, al dictar sentencia en este contexto procesal, en vez de tener por probados los hechos aducidos por la demanda, la desestimó por falta de prueba de los hechos en que se fundamentan las pretensiones de los actores.

Las demandantes, como ya se ha señalado, entienden que, de esta manera, se dictó sentencia sin haberles dado ocasión de solicitar siquiera el recibimiento a prueba del pleito, lo que identifican como un supuesto de indefensión (art. 24.1 CE), a la vez que como una infracción del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE). El Ministerio Fiscal, por su parte, aborda la cuestión desde la prioritaria perspectiva del derecho a la prueba (art. 24.2).

3. Entre estos dos planteamientos, las circunstancias del caso hacen que resulte más conveniente analizar la lesión denunciada desde la perspectiva de la indefensión, aunque ello deba afirmarse en el entendimiento de que, como reiteradamente se ha declarado, la «sustantividad propia del derecho que se enuncia en el apartado 1.º del artículo 24 CE hace ciertamente posible que un acto del poder, y en particular de los órganos judiciales, que viole alguno de los derechos declarados en el apartado 2.º del mismo artículo lesione también aquél» (STS 89/1995, FJ 1.º). Concretamente, también se ha dicho que, en lo concerniente a «la temática probatoria, aunque esté garantizada por un específico derecho, no deja de estar afectada ni protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 50/1988, 357/1993, 246/1994, 110/1995, 1/1996 y 190/1997, por todas»).

Pues, cuando la alegada lesión se produce en circunstancias tales que no impliquen sólo la denegación injusta de un medio de prueba o la inejecución del admitido, sino que se integra en un contexto más amplio de privación «de los medios necesarios para hacer valer su derecho en un juicio equilibrado, en el que, con igualdad entre las partes, pueda ofrecer las razones que abonan su pretensión y apoyarlas con las pruebas necesarias para que los hechos de los que tales razones parten sean aceptados por el Juez o Tribunal» (SSTC 89/1985, FJ 2.º, y 199/1996), nuestro análisis debe realizarse primeramente desde la consideración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, con las consecuencias a ello inherentes. En efecto, como declaramos en la STS 89/1996, si bien es cierto que la utilización de los medios de prueba «puede ser protegida constitucionalmente también al amparo del artículo 24.1 de la Constitución», en tal caso debe tenerse presente que «su examen ha de realizarse desde la sola perspectiva de la indefensión, y por ello desde una visión global de la posibilidad que la parte, hoy recurrente en amparo, ha tenido de ejercer sus derechos de defensa».

4. De conformidad con los acertados razonamientos de la representación procesal de las demandantes y del Ministerio Fiscal, el amparo debe ser otorgado. Como se sabe, aquéllos solicitaron la puesta en práctica de una

posibilidad que les ofrecía la legislación procesal aplicable al caso, cual es la de que, en determinadas circunstancias, se tengan por aceptados en el proceso los hechos afirmados en la demanda, sin tener que probarlos efectivamente. Esta vía procesal supone una alteración en la tramitación normal del proceso, con la principal consecuencia de que no se ha de celebrar el juicio en el que el demandante hubiera podido formular alegaciones y pedir, en caso de discrepancia sobre los hechos, el recibimiento del pleito a prueba (arts. 50, 52 y 53 del reiterado Decreto de 21 de noviembre de 1952).

No cabe duda de que, cuando las demandantes instaron que se aplicase lo dispuesto en dicho artículo 43, párrafo segundo, éstos partieron de la expectativa, razonablemente generada a partir de los propios términos de la ley, de que, aunque no podrían proponer prueba, ello no les produciría perjuicio alguno, pues la *ficta confessio* de los hechos aducidos, impuesta por dicho precepto, llevaba consigo la innecesariedad de la prueba de los mismos, al igual que la vinculación del Juez a tales hechos, por más que se trate de una vinculación que deja siempre abierta la posibilidad de que el Juez, a pesar de la petición del demandante y de la reiterada incomparecencia de un demandado, apercibido de los posibles efectos de su incomparecencia, continúe el pleito en todas sus fases. Ciertamente, no corresponde a este Tribunal establecer el acabado sentido del artículo 43 citado; ninguna objeción debe hacerse, por tanto, en esta sede a la negativa contenida en la sentencia de primera instancia relativa a que «la aplicación del artículo 43 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, implique necesariamente el que el juzgador tenga por conforme al demandado con las pretensiones deducidas». Lo que sí nos corresponde afirmar es que, cuando en supuestos como el que aquí nos ocupa, se dicta sentencia sin sustanciar el proceso en todas sus fases, no cabe, sin provocar indefensión, achacar que no se probaron los hechos aducidos en la demanda, pues ha sido el propio Juez quien ha cerrado toda posibilidad de hacerlo al proceder a dictar sentencia sin haber celebrado el juicio, único momento procesalmente idóneo para instar tal recibimiento, como el mero contraste de los artículos 29 y 53 del Decreto de 21 de noviembre de 1951 pone de manifiesto. En esta tesitura, y a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, el Juez debió haber optado entre la vinculación a tales hechos, limitándose a establecer el Derecho aplicable y declarar las consecuencias jurídicas que procedan, o la convocatoria de las partes a juicio a fin de que las demandantes pudieran en él desplegar su derecho a la defensa, utilizando los medios de prueba que a las mismas convinieran.

En suma, al dictar sentencia sin partir de los hechos de la demanda y achacar a las demandantes la falta de una prueba de la que ha venido a eximirles, la resolución de instancia incurrió en una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, como consecuencia de una injusta privación de medios de defensa y, concretamente, de la posibilidad de acreditar la existencia de los hechos en que fundamenta la demanda, que la propia actuación del juez le ha cercenado, vulneración que, al no haber sido reconocida en la sentencia dictada en apelación, acarrea también la nulidad de esta última.

Sentencia de 8 de febrero de 1999.—COSTAS.—La imposición en la apelación de las costas de la primera instancia, cuando en la primera sentencia no se habían impuesto, supone una *reformatio in peius*, lo que no es admisible.—Sala 2.ª.—Ponente: Señor Viver.

Antecedentes.—El recurso de amparo se fundamenta en los siguientes hechos:

a) En el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gandía se siguió el juicio de cognición núm. 37/95 en virtud de demanda formulada por doña Isabel Fernández Giménez contra el hoy recurrente en reclamación de cantidad. Por sentencia de 12 de julio de 1995, el Juzgado estimó la demanda y condenó al hoy recurrente a abonar a la demandante, en concepto de daños y perjuicios, las cantidades «que se acrediten en ejecución de sentencia y con arreglo a las bases que se determinan en el Fundamento Jurídico segundo de la presente resolución, y todo ello sin hacer condena en costas de las causadas en este litigio al demandado».

b) Contra dicha sentencia interpuso el condenado recurso de apelación ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia (recurso núm. 229/95), solicitando la revocación de la sentencia recurrida con desestimación de la demanda o, subsidiariamente, la fijación, como límite máximo de la condena, de la cantidad reclamada en la demanda (780.000 pesetas). En el recurso compareció, como parte apelada, la demandante, quien solicitó la confirmación de la sentencia de instancia en todos sus extremos, «con expresa imposición de las costas de la apelación a la contraparte por ser preceptivas».

c) En fecha 17 de noviembre de 1995, la Audiencia dictó sentencia en la que confirmó la recurrida, salvo en lo referente al importe de la indemnización, extremo este en el que revocó la sentencia recurrida y limitó a la cantidad reclamada en el suplico de la demanda el importe máximo de la indemnización. En cuanto a las costas procesales, la Sala no hizo pronunciamiento condenatorio sobre las de la apelación, pero revocó la sentencia recurrida e impuso las de la primera instancia al demandado apelante. El Fundamento de Derecho tercero, en el que la Sala razona la imposición de las costas de la instancia al demandado apelante, dice así: «Sobre las costas de esta apelación parcialmente estimable no resulta posible técnicamente realizar pronunciamiento condenatorio, dados los términos del aplicable artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin embargo, las costas de la primera instancia, de la que la pretensión que determinó su inicio es solo matizadamente aceptada por el pronunciamiento emitido en esta alzada, deben, a pesar de ello, ser impuestas al demandado, hoy apelante, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 523 de esa misma Ley de enjuiciar al haber concurrido en dicho demandado la actuación procesal de mala fe que se razona en los párrafos segundo y tercero del Fundamento de Derecho primero de esta resolución».

En la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), porque la sentencia de apelación, al imponer las costas de la primera instancia al apelante y hoy recurrente de amparo, incurre en *reformatio in peius*. Se alega, al respecto, que la sentencia de primera instancia, aunque estimó la demanda formulada, acordó la no imposición de las costas causadas al demandado. Contra dicha resolución el único litigante que interpuso recurso de apelación fue el hoy recurrente de amparo y la parte demandante apelada, aunque impugnó el recurso de apelación, solicitó la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus

términos. En consecuencia, la imposición de las costas de la primera instancia al apelante supone una clara *reformatio in peius* e infringe el principio de justicia rogada que rige sin excepción en el proceso civil.

Por todo ello, se solicita a este Tribunal que otorgue el amparo, reconozca el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, declare la nulidad de la sentencia dictada en apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 17 de noviembre de 1995, y ordene la retroacción de las actuaciones para que se dicte nueva sentencia, sin imposición al recurrente de las costas causadas en la primera instancia.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido otorgar el amparo solicitado por don Eladio Jareño Sánchez y, en consecuencia:

1.º Reconocer que la imposición por parte de la sentencia recurrida de las costas causadas en la primera instancia ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.º Restablecerle en la integridad de su derecho mediante la declaración de la nulidad de la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17 de noviembre de 1995, dictada en rollo de apelación núm. 229/95, en el extremo relativo a la imposición al hoy recurrente de las costas causadas en la primera de instancia del juicio de cognición núm. 37/95 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gandía.

Fundamentos jurídicos.—1. La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si la sentencia impugnada, dictada en grado de apelación de un juicio de cognición por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, infringe el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por imponer las costas procesales de la primera instancia al apelante y hoy recurrente de amparo. En la demanda se alega que la sentencia recurrida incurre, por dicho motivo, en *reformatio in peius*, dado que la sentencia de instancia no hizo condena en costas, el recurso de apelación fue interpuesto por el hoy demandante de amparo y nadie pidió en apelación la imposición de las costas de la primera instancia. De la misma opinión es el Ministerio Fiscal, quien pide la estimación del amparo por entender que ha existido un claro supuesto de reforma peyorativa por parte del Tribunal de apelación, con empeoramiento de la posición del apelante como consecuencia de su recurso.

En consecuencia, pues, la cuestión a resolver es si la decisión del Tribunal de apelación de imponer, sin petición alguna al respecto, las costas de la primera instancia a la parte apelante supone o no un supuesto de *reformatio in peius* contrario al artículo 24.1 CE. Nuestro análisis, en cambio, no puede extenderse a enjuiciar la corrección de la decisión judicial de imponer las costas procesales, ni tampoco las razones esgrimidas por el Tribunal de apelación para ello, pues, conforme a constante y uniforme doctrina de este Tribunal, la cuestión relativa a la imposición de las costas procesales es una cuestión de mera legalidad, sin relevancia constitucional, cuyo enjuiciamiento corresponde en exclusiva a los Tribunales ordinarios (entre otras, SSTC 131/1986, 230/1988, 134/1988, 190/1993, 41/1994 y 46/1995).

2. Como este Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones (por todas, STC 17/1989), la prohibición de la *reformatio in peius* es una manifestación de la interdicción de indefensión que reconoce el artículo 24 CE y una proyección

de la congruencia en la segunda instancia, la cual incluye la prohibición de que el órgano judicial *ad quem* exceda los límites en que viene formulada la apelación, acordando una agravación de la sentencia recurrida que tenga origen exclusivo en la propia interposición del recurso. El recurso de apelación, por tanto, delimita la pretensión concreta de la segunda instancia y predetermina el alcance de la decisión del Juez superior, salvo que frente a la pretensión del mismo se hayan sostenido otras pretensiones de la parte apelada. La vigencia de este principio y su aplicación a los procesos civiles, aunque sin un precepto legal ordinario que así lo disponga, ha sido igualmente reconocida por la jurisprudencia de este Tribunal, pues, como dijimos en la STC 116/1988, también rige en estos procesos «la imposibilidad de alterar en su perjuicio la posición jurídica del apelante por efecto exclusivo de su recurso, como consecuencia del principio *tantum devolutum quantum appellatum*». En este sentido, la prohibición resulta constitucionalmente exigible en la medida que su desconocimiento comporta indefensión y puede contravenir la necesaria congruencia que en el recurso ha de existir entre la pretensión impugnatoria y el correspondiente fallo de la sentencia (en el mismo sentido, entre otras, STC 120/1989 y 120/1995).

3. En el presente caso, la aplicación de la citada doctrina conduce a la estimación del amparo, pues la Audiencia Provincial, al revocar la sentencia apelada para imponer las costas de la primera instancia al apelante y hoy demandante de amparo, excedió claramente los límites de la apelación formulada e infringió la prohibición de *reformatio in peius*. Basta la lectura de la sentencia recurrida para comprobar, como ya quedó expuesto con más detalle en los antecedentes, los siguientes extremos: 1.º La sentencia de instancia, aunque estimó la demanda, acordó expresamente no imponer las costas al demandado. 2.º El único litigante que interpuso recurso de apelación contra dicha resolución fue el hoy recurrente de amparo. 3.º La parte demandante apelada solicitó la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus términos, pidiendo de forma expresa la imposición de las costas de la apelación, pero sólo las de la apelación, a la parte recurrente. 4.º Y a pesar de ello, la Audiencia, sin hacer pronunciamiento condenatorio sobre las costas de la apelación, revocó la sentencia recurrida en lo referente a las costas procesales y las impuso al apelante.

En consecuencia, y con independencia de la corrección o incorrección de las razones dadas por la Audiencia para fundamentar la condena en costas de la primera instancia, extremos estos sobre los que, como ya se dijo, ningún pronunciamiento puede hacer este Tribunal, es evidente que la sentencia de apelación incurre en *reformatio in peius* y que, por ello, procede la estimación del recurso y la anulación de la misma en lo referido a la imposición de las costas de la instancia al hoy recurrente de amparo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

POR JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

Registro de la Propiedad

Resolución de 19 de octubre de 2002
(BOE 15-1-2003)

ANOTACION PREVENTIVA DE QUERELLA. TRACTO SUCESIVO.

1. No puede practicarse anotación preventiva de querella contra determinada persona física cuando los bienes sobre los que se ordena tomarla están inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de una persona jurídica, que no ha sido parte ni ha intervenido en el procedimiento y aún cuando el propio querellado sea socio único de la entidad titular del bien.

2. No puede acceder a los libros registrales la interposición de una querella si no se ejercita, juntamente con la acción penal, una acción civil de trascendencia real inmobiliaria.

Resolución de 23 de noviembre de 2002
(BOE 15-1-2003)

COMPRAVENTA POR EXTRANJEROS. ADQUISICION REALIZADA CONFORME AL REGIMEN LEGAL DE SU NACIONALIDAD.

Es posible la inscripción a favor de unos cónyuges extranjeros que compran una finca con sujeción al régimen económico matrimonial propio de la legislación de su país, quedando diferido el problema de la acreditación de dicho régimen económico para el momento de la enajenación o gravamen posterior, pudiendo, incluso, quedar obviada la necesidad de que se exprese posteriormente dicho régimen en el supuesto de que tales actos dispositivos se realicen por los dos cónyuges (lógicamente, para el supuesto de anotaciones preventivas de embargo se precisaría que fuesen demandados los dos cónyuges —si

los dos son deudores—, o dirigir la demanda contra el cónyuge deudor con notificación a su consorte).

Resolución de 25 de noviembre de 2002
(BOE 15-1-2003)

AUTO DE ADJUDICACION EN JUICIO EJECUTIVO ORDINARIO. OMISION DE LA CERTIFICACION DE DOMINIO Y CARGAS.

Es inscribible el testimonio de un auto de adjudicación dictado en un procedimiento ejecutivo ordinario en el que no se solicitó ni, en consecuencia, se expidió la pertinente certificación de dominio y cargas, ya que ésta no es un requisito esencial del procedimiento, de tal manera que si hay titulares posteriores a la anotación preventiva de embargo, los mismos pueden conocer la existencia de la ejecución por la concreta anotación de embargo practicada, a diferencia de lo que sucede con la hipoteca, que no puede llegar a saberse que la misma se encuentra en ejecución, si no es a través de la certificación de dominio y cargas que se expida (recordemos las dos fases en que se puede encontrar la hipoteca: de pendencia, mientras no se ejecuta, y de ejecución cuando se ejercita la acción hipotecaria).

Resolución de 26 de noviembre de 2002
(BOE 15-1-2003)

CANCELACION DE HIPOTECA CONSTITUIDA A FAVOR DE LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. TITULO HABIL PARA PRACTICARLA.

Entiende el Centro Directivo que el traslado de la resolución administrativa dictada por la autoridad —cuya competencia de su autor y la autenticidad del documento no fueron cuestionadas por el Registrador— es título hábil para cancelar una hipoteca cuya titularidad corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social, al estimar, según su criterio, que las normas de rango legal prevalecen en esta materia sobre los preceptos reglamentarios, a los que considera ilegales, si se apartan de la Ley [cfr. arts. 3, 40.c), 78.2.º, 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y 53 y 55 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación al art. 179 del Reglamento Hipotecario y 31 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social).

Resolución de 27 de noviembre de 2002
(BOE 15-1-2003)

DOCUMENTO PRIVADO. ELEVACION JUDICIAL A PUBLICO.

1. No procede la inscripción de una escritura otorgada en cumplimiento de sentencia dictada en juicio declarativo para la elevación a público de un contrato privado de compraventa en la que el Juez, en rebeldía del vendedor demandado, otorgó la venta, no a favor del comprador —ya fallecido—, sino

directamente a favor de su única heredera, que fue quien instó el procedimiento, y ello porque la autoridad judicial documenta un contrato clara y sustancialmente diferente de aquél al que se debiera haber dado forma pública.

2. Sin embargo, si considera la Dirección General que la propia actuación del Juez al otorgar la escritura, implica la firmeza de la resolución judicial a efectos del transcurso del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión por el demandado, que se encontraba en rebeldía, porque es a la propia autoridad judicial a quien corresponde valorar la posibilidad de ejecutar la resolución, estimándose el recurso respecto de este punto.

Resolución de 28 de noviembre de 2002
(BOE 15-I-2003)

INSCRIPCION DE DERECHO DE USO EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL. TRACTO SUCESIVO.

No es inscribible un derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges en una sentencia de separación matrimonial sobre finca que no consta inscrita a nombre del otro cónyuge demandado, sino de un tercero que no ha sido parte en el procedimiento.

Resoluciones de 29 y 30 de noviembre de 2002
(BOE 16-I-2003)

HIPOTECA. INTERESES: LIMITE CONJUNTO. FIJACION DEL SALDO DEUDOR MEDIANTE CERTIFICACION DE LA ENTIDAD ACREEDORA. PACTO SOBRE ADMINISTRACION Y POSESION INTERINA DE LA FINCA.

1. Vuelve a reiterarse en esta Resolución que, cuando existen intereses remuneratorios y, además, se garantizan los intereses moratorios, el máximo garantizado por la hipoteca no exige computar conjuntamente ambas responsabilidades y someter el resultado al límite del artículo 114 de la LH, si no se devengan simultáneamente intereses ordinarios y de demora sobre la misma cantidad impagada.

2. En cuanto a la determinación del saldo deudor, las exigencias impuestas por el artículo 153 de la LH son de inexcusable observancia, por ser de *ius cogens*, por lo que resulta inscribible la cláusula en la que se pacta que el acreedor pueda acreditar el saldo deudor mediante certificación bancaria, aunque no concurren todos los requisitos del artículo 245 del RH.

3. Es inscribible el pacto contenido en una escritura de constitución de hipoteca en cuanto a la facultad del acreedor de poder solicitar la administración y posesión interina de la finca hipotecada que permita la regla 6.^a del antiguo procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, dada su trascendencia real, pues dicha regla condicionaba su virtualidad a que así se hubiese estipulado en el título.

NOTA: El actual artículo 690 de la nueva LEC, no exige tal pacto expreso para que el acreedor pueda solicitar la administración y posesión interina del bien hipotecado, por derivar dicha posibilidad del propio derecho real de hipoteca y no de lo pactado. Sí sería necesario pacto expreso, en el supuesto

de que la parte acreedora desee percibir las rentas vencidas y no satisfechas, debiendo inscribirse tal pacto en el Registro por su trascendencia real.

Resolución de 2 de diciembre de 2002
(BOE 15-1-2003)

RECURSO GUBERNATIVO. APLICACION DE LA DISPOSICION ADICIONAL SEPTIMA DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL.

La aplicación de la Disposición Adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial supone que la Dirección General no pueda revisar el auto dictado en su día por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuando resolvió el recurso gubernativo y el problema sobre el que versa el mismo ha de resolverse según legislación civil especial catalana.

Registro Mercantil

Resolución de 3 de diciembre de 2002
(BOE 15-1-2003)

DENOMINACION SOCIAL, DISOLUCION Y NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR.

Es inscribible un acuerdo de disolución y nombramiento de liquidador de una sociedad, sin que el acceso al Registro de dicho acuerdo pueda verse condicionada por la falta de inscripción del cambio de denominación previa de dicha entidad, máxime cuando la sociedad queda identificada por otros datos.

Resolución de 4 de diciembre de 2002
(BOE 15-1-2003)

CIERRE REGISTRAL POR FALTA DE PREVIO DEPOSITO DE CUENTAS. TRACTO REGISTRAL: FALTA DE PREVIA INSCRIPCION DE NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR Y DE ADMINISTRADORES QUE IMPIDEN LA REGISTRACION DE OTROS ACTOS POSTERIORES.

1. La falta del previo depósito de cuentas produce el cierre registral.
2. Es necesario inscribir previamente el nombramiento de liquidador para que pueda acceder al Registro el acuerdo cuya inscripción se pretende y que aparece formalizado por dicho liquidador.
3. También es necesaria la inscripción previa del nombramiento de los administradores, no porque ésta sea constitutiva, sino porque se erige en presupuesto para la inscripción registral de otros actos posteriores, bien otorgados por ellos mismos, bien para el acceso registral de otros actos cuya validez se condiciona por la previa y regular actuación de tales administradores.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO,
MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

CONCENTRACION PARCELARIA. PROCEDIMIENTO EJECUTIVO SOBRE FINCAS DE PROCEDENCIA. DOBLE INMATRICULACION CON LAS DE REEMPLAZO.—NO SE PUEDE NEGAR LA EJECUCION SOBRE DETERMINADA FINCA REGISTRAL SO PRETEXTO DE QUE ESTA SE APORTO A LA CONCENTRACION PARCELARIA, AL NO EXISTIR ASIENTO QUE MENOSCABE LA PRESUNCION DE LA PERTENENCIA DEL DERECHO INSCRITO. SI SE DA LA DOBLE INMATRICULACION DEBERAN SEGUIRSE LAS VIAS PREVENTIVAS ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACION HIPOTECARIA PARA REMEDIAR EL DEFECTO (ARTS. 42 Y 313 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO). (RESOLUCIÓN DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2001. BOE DE 25 DE ENERO DE 2002.)

RESOLUCION de 22 de noviembre de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña María del Carmen B. G., contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Tudela, don Julio Guelbenzu Valdés a inscribir un testimonio de Auto de adjudicación de dos fincas en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Pedro Luis Arregui Salinas, en representación de doña María del Carmen B. G., contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Tudela, don Julio Guelbenzu Valdés a inscribir un testimonio de Auto de adjudicación de dos fincas en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. En procedimiento de menor cuantía número 200/93 seguido a instancia de doña María del Carmen B. G., contra don Jesús S. N., sobre reclamación de cantidad, se dictó Auto el día 27 de noviembre de 1996, por el que se adjudicó a la demandante dos de las fincas previamente embargadas al deudor, las registrales 725 y 1.159 del Registro de la Propiedad de Tudela número 1, situadas en el término municipal de Fontellas.

II. Presentado el testimonio del referido Auto en el Registro de la Propiedad número 1 de Tudela, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por el siguiente defecto: Las fincas adjudicadas en el procedimiento, inscritas al tomo 1.184, libro 13 de Fontellas, folio 198, finca 725, y al tomo 1.878, libro 22 de dicha villa, folio 109, finca 1.159, fueron incluidas en la concentración parcelaria de Fontellas, según acta de reorganización de la propiedad de Fontellas aprobada por la Dirección del Instituto del Suelo y Concentración Parcelaria de Navarra, con fecha 21 de noviembre de 1988, con los efectos señalados en el artículo 230 y siguientes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, de tal modo que al deudor, don Jesús S. N., se le adjudicaron las fincas de reemplazo inscritas con los números 1.584, 1.585 y 1.586, a los folios 179, 181 y 183 del tomo 2.630, libro 29 de Fontellas, que transmitió posteriormente a terceras personas, sin que el embargo fuese trasladado por el Servicio de Concentración Parcelaria a las indicadas fincas de reemplazo. No se tomó anotación. Tudela, 18 de junio de 1997. El Registrador». Sigue firma.

III. El Procurador de los Tribunales, don Pedro Luis Arregui Salinas, en representación de doña María del Carmen B. G., interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó: Que resulta ilógico que se señale por el Registrador el no traslado de la anotación preventiva de embargo por el Servicio de Concentración Parcelaria a las fincas 1.584, 1.585 y 1.586, puesto que la anotación se extendió directamente en virtud de mandamiento judicial sobre las fincas 725 y 1.159 cuando ya existían las fincas 1.584, 1.585 y 1.586 resultantes de la concentración parcelaria y viviendo «registralmente» y coetáneamente con la 725 y 1.159, no afectadas por tal concentración en cuanto resulta de los datos del Registro. Que en cuanto a que las fincas resultantes de la concentración parcelaria han sido transmitidas a terceras personas, la calificación parte de que las fincas adjudicadas se han convertido en aquéllas, aun cuando no lo justifica. La transmisión a terceros de las primeras fincas resulta de datos registrales, pero también resulta de datos registrales la existencia de las adjudicadas, con una hipoteca pesando sobre las mismas, inscrita en el año 1989, después de haberse llevado a efecto la concentración parcelaria, y cancelada en 1994, lo cual motivó que se solicitara el embargo y toda la tramitación posterior, basándose en el carácter público del Registro y en los datos por él mismo facilitados. Que la afirmación de que las registrales 725 y 1.159 fueron incluidas en la concentración parcelaria de Fontellas, se contradice con la historia de ambas fincas reflejada en el folio abierto a cada una de ellas y no cerrado al dejar de existir jurídicamente tales fincas, lo cual debería haberse hecho de ser cierta la afirmación de la calificación registral, y si no se ha cerrado es que continúa teniendo vida, y a quien se ampara en lo que el Registro pone de manifiesto no puede negársele tal amparo en virtud de circunstancias extrarregistrales en el supuesto de que existieran las mismas, cosa que no consta. Que resulta contradictoria la negativa a inscribir el Auto de adjudicación con la postura mantenida por el Registrador de anotar el embargo y expedir certificación de cargas en el año 1996, existiendo una violación clara del principio de los actos propios, pues existe un cambio radical de postura sin justificación registral y pública aparente. Que hay que tener en cuenta los artículos 38.1 y 3, 79 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento; el artículo 207.2 de la Ley de 12 de enero de 1973, según el cual en las notas de despacho de títulos relativos a fincas rústicas situadas en términos municipales afectados por la concentración parcelaria y en las certificaciones relativas a las mismas se indicará, en su caso, la existencia de la concentración, salvo que conste que están excluidas de ella o sean ya fincas de reemplazo resultantes de dicha concentración; y el artículo 233.4: Quedarán canceladas las inscripciones de fincas de reemplazo en cuanto sean incompatibles con las situaciones trasladadas.

IV. El Registrador de la Propiedad de Tudela número 1, en defensa de la nota, informó: Que en la concentración parcelaria, las fincas de reemplazo no son sucesión de las antiguas, pues no hay correlación ni en su número, ni en su extensión ni en su ubicación física y que, por otra parte, no está previsto en la Ley el cierre registral de las antiguas, que no pueden ser objeto de nuevos asientos, pero sí conservan su vigencia con unos efectos limitados previstos en la Ley. Que en este caso el Juzgado embargó unas fincas del deudor y se practicó la anotación correspondiente para dar publicidad al mismo y con los efectos que marca la ley. Es evidente que al embargar las fincas ha habido un error, sin que corresponda al Registrador valorar las causas, embargándose unas fincas que ya no existían, y al adjudicarse las fincas de procedencia entra

en juego el artículo 233 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, lo cual impide la inscripción de las fincas ejecutadas y adjudicadas, debiendo ser los Tribunales los que a través del procedimiento adecuado resuelvan la cuestión.

V. Doña María Magdalena Jiménez Jiménez, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Tudela, informó: Que la diligencia de embargo de las fincas registrales 725 y 1.159 se practicó con la hija del deudor, fincas que según nota simple informativa del Registro eran de titularidad de dicho deudor sin que constara que las mismas estaban afectadas por un expediente de concentración parcelaria. Que se libraron mandamientos al Registro de la Propiedad para que se practicara anotación preventiva de embargo sobre las citadas fincas y se expidiese la correspondiente certificación de cargas sin que de ésta resultase que dichas fincas ya no existían o que habían sido transformadas en otras como consecuencia de la concentración parcelaria.

Que el deudor compareció personalmente en el Juzgado y ante el requerimiento de que aportase los títulos de las fincas embargadas manifestó que dichas fincas, como consecuencia de la concentración parcelaria, se habían convertido en otra que se subastó en un procedimiento anterior. De dicha manifestación se dio traslado a la parte actora, la cual señaló que según la certificación de cargas del Registro resultaba la existencia de dichas fincas así como la constitución de una hipoteca en el año 1989 y su posterior cancelación en 1994, solicitando que continuase la vía de apremio. Que se procedió al avalúo de las fincas por perito, que en ningún momento manifestó que las fincas embargadas carecían de realidad física, y se sacaron a pública subasta en la forma legalmente prevista. Que posteriormente compareció en el Juzgado don Máximo F. C., manifestando que las fincas embargadas no existían por haber sido afectadas por la concentración parcelaria y presentó nota simple informativa de la finca 1.584 que él había comprado a la hija del deudor, pero examinada dicha nota simple de la misma no se desprendía que la finca en cuestión guardase relación con las embargadas. De dicha comparecencia se dio traslado al actor, que hizo las alegaciones oportunas, y se dictó propuesta de providencia invitando a quien considerara tener derecho sobre las fincas embargadas a interponer tercería de dominio, sin que conste en el Juzgado que se haya ejercitado.

Que se dictó Auto de adjudicación de las fincas embargadas a favor de la actora, a quien se puso en posesión de las mismas por el Juzgado de Paz de Fontellas, estando presente el perito, sin que por parte de la Comisión Judicial integrada por funcionarios de dicho Juzgado de Paz ni del perito se comunicase al Juzgado que las fincas adjudicadas no existían en la realidad física.

VI. El Presidente en funciones del Tribunal Superior de Justicia de Navarra confirmó la nota del Registrador fundándose en que si bien en el expediente no se ha acreditado si el órgano competente cumplió y en su caso en qué fecha lo dispuesto en el artículo 207.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, ni si en las fincas 725 y 1.159 se tomó razón de lo dispuesto en el artículo 223 de la misma ley, es decir, si habían sido afectadas por el acta de Reorganización de la propiedad llevada a cabo el 21 de noviembre de 1988 y según el cual a su titular se le habían adjudicado como fincas de reemplazo las inscritas con los números 1.584, 1.585 y 1.586, y que cuando se anotó el embargo no se llevó a cabo lo dispuesto en el artículo 207.2 de la citada Ley, y que no está previsto en dicha ley el cierre de las hojas registrales de las fincas antiguas sino que éstas siguen abiertas e incluso sus

asientos conservan algunos efectos como se desprende del artículo 233.1 de la Ley, una interpretación coherente de este precepto exige que una vez inscritas las fincas de reemplazo no deben hacerse en las anteriores fincas nuevos asientos, como no sean los de cancelación, así como los derivados de la traslación de los antiguos asientos, y por esta razón no debieron anotarse los embargos practicados, sino hacerse saber la realidad de la concentración parcelaria y la existencia de unas fincas de reemplazo, y por el mismo razonamiento jurídico no se puede practicar ahora la inscripción del Auto de adjudicación cuando no se sabe positivamente que las fincas adjudicadas no tienen existencia real, pues por mandato legal dichas fincas han sido reemplazadas por otras y no rige la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y, por otra parte, aun cuando tal inscripción se practicara no tendría ninguna relevancia jurídica ni económica, pues en la realidad física no podría ejercerse ni materializarse tal derecho frente a nadie al no tener las fincas 725 y 1.159 existencia real.

VII. El recurrente apeló el Auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que tal Auto parte de la veracidad de las afirmaciones del Registrador cuando las mismas no tienen ninguna base registral e incluso están en contradicción con las actuaciones anteriores del mismo y como prueba está el informe emitido por el titular del Juzgado firmante del Auto de adjudicación cuya inscripción se suspendió, que señala que del Registro nunca apareció, ni de la nota simple informativa, ni de las anotaciones, ni de la certificación de cargas, ni de las alegaciones del deudor y otros posibles interesados, que las fincas adjudicadas no existían y que fueron transformadas en otras por la concentración parcelaria, y que ello tampoco resultó de las manifestaciones del Perito Judicial que las valoró y puso, en unión del Juzgado, en posesión al adjudicatario.

VIII. Esta Dirección General, como diligencia para mejor proveer, solicitó del Registrador de la Propiedad número 1 de Tudela, que remitiese el historial literal de las fincas registrales números 725 y 1.159, de los cuales resulta que con posterioridad a la protocolización del Acta de Reorganización de la Propiedad y antes de su inscripción, dichas fincas son gravadas con hipoteca que se inscribe, en el año 1994 se cancela y en el año 1996 aparecen anotaciones de embargo a favor de la recurrente y en una de las fincas consta nota de haberse expedido certificación de cargas del antiguo 131 de la Ley Hipotecaria.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1, 20, 38 de la Ley Hipotecaria y el artículo 117 del Reglamento Hipotecario.

1. Son hechos importantes para la resolución del presente recurso los siguientes: a) El 29 de noviembre de 1988 se protocoliza el Acta de Reorganización de la Propiedad de la Zona de Fontellas previa Concentración Parcelaria que se inscribe el 13 de noviembre de 1990. A tal concentración se aportaron varias fincas de origen de un determinado titular al que se adjudicaron tres fincas de reemplazo que aparecen hoy transmitidas a terceras personas, según afirma el Registrador. b) Los folios de las fincas de origen que según el Registrador fueron aportadas, obtenidas en diligencias para mejor proveer, reflejan la siguiente situación registral: Con posterioridad a la protocolización del Acta de Reorganización de la Propiedad y antes de su inscripción, dos de las fincas de origen son gravadas con hipoteca que se inscribe, en el año 1994 se cancela y en el año 1996 aparecen anotaciones de embargo

a favor del recurrente y en una de ellas consta nota de haberse expedido certificación de cargas del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria. c) El procedimiento de ejecución del embargo siguió adelante hasta obtenerse Auto de Adjudicación de las dos fincas de origen antes mencionadas, cuya denegación es objeto del presente recurso. El Informe del Juzgado que tramitó el citado procedimiento aportado al expediente, manifiesta con claridad que cuando se embargaron dichas fincas la diligencia se practicó con la hija del deudor sobre notas simples informativas del Registro de la Propiedad de titularidad del deudor y sin que constara que las mismas estaban afectadas por un Expediente de Concentración Parcelaria; que cuando se libró mandamiento para la práctica de las anotaciones de embargo y se despacharon certificaciones de cargas de las fincas embargadas se aportaron al Juzgado sin que en ningún momento se deduzca que las fincas ya no existen y que han sido transformadas en otras como consecuencia de la Concentración Parcelaria; que se procedió al avalúo de las fincas por perito que en ningún momento manifestó que las fincas embargadas no existían; que en el año 1997, el Juzgado de Paz de Fontenillas hace entrega de la posesión de las fincas al adjudicatario, estando presente el perito sin que por parte de la Comisión Judicial integrada por Funcionario del Juzgado de Paz ni por tal perito se le comunicara al Juzgado que las fincas no existían en la realidad física. d) Presentado ahora el Auto de adjudicación, se suspende la inscripción por el siguiente defecto: Las fincas adjudicadas en el procedimiento, inscritas al tomo 1.184, Libro 13 de Fontellas, folio 198, finca 725, y al tomo 1.878, Libro 22 de dicha villa, folio 109, finca 1.159, fueron incluidas en la Concentración Parcelaria de Fontellas, según Acta de Reorganización de la Propiedad..., con los efectos señalados en el artículo 230 y siguientes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12-1-73, de tal modo que al deudor se le adjudicaron las fincas de reemplazo inscritas con los números..., que transmitió posteriormente a terceras personas, sin que el embargo fuese trasladado por el Servicio de Concentración Parcelaria a las indicadas fincas de reemplazo. No se tomó anotación.

En su informe, el Registrador dice que anotó el embargo para dar publicidad al mismo y con los efectos que marca la Ley.

2. Si se tiene en cuenta la significación y principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (art. 1 de la Ley Hipotecaria) y la presunción a todos los efectos desde la existencia y pertenencia del derecho inscrito en los términos que resulten de los respectivos asientos (cfr. art. 38 de la Ley Hipotecaria), resulta evidente la imposibilidad de negar ahora el acceso al Registro del Auto de adjudicación de determinada finca registral, so pretexto de que ésta es o puede ser una de las aportadas en su día a la concentración parcelaria del respectivo término municipal, pues, del respectivo folio no resulta ningún asiento que comprometa o menoscabe la presunción legal de existencia y pertenencia del derecho inscrito y adjudicado, presunción a la que el Registrador está vinculado (cfr. 18 de la Ley Hipotecaria); y si efectivamente existe esa doble inmatriculación (que la reordenación de la propiedad rústica a través de la concentración parcelaria facilita, al no exigir el cierre de los folios de las fincas de origen, a diferencia de lo que ocurre en la propiedad urbana con la reparcelación o la compensación), deberán seguirse las vías prevenidas en la legislación hipotecaria por remediar ese defecto (cfr. art. 42 de la Ley Hipotecaria, 313 del Reglamento Hipotecario); téngase en cuenta, además, que sobre la finca en cuestión se han realizado, después de la inscripción de la

concentración parcelaria, diversos asientos (cancelación de hipoteca, anotaciones de embargo) y se han expedido certificaciones registrales.

Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado.

Madrid, 22 de noviembre de 2001.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

COMENTARIO

Una de las cuestiones que suscita la normativa especial de la concentración parcelaria es la situación de las fincas que, estando ya inscritas de antiguo, se vuelven a inscribir de nuevo como consecuencia de estas operaciones y sin referencia a los asientos antiguos. Estas fincas, por tanto, tendrán dos inscripciones que, aun referidas al mismo objeto, muchas veces darían como titular a distintas personas. La consecuencia es un evidente peligro de doble inmatriculación con todos los inconvenientes que lleva consigo.

Uno de ellos es el riesgo de que no se observe fielmente el principio de subrogación real, según el cual, tanto la situación dominical como la existencia de cargas deben pasar de las parcelas de procedencia a las fincas de reemplazo.

En el supuesto contemplado en esta Resolución, el problema no es realmente el de una doble inmatriculación, que aparentemente se da, sino la falta de traslado de las cargas existentes en las fincas antiguas a los folios de las nuevas fincas adjudicadas en reemplazo, lo que hubiera permitido sin dificultad ejecutar los créditos anotados.

Este traslado se hace siempre y sin dificultades en el procedimiento de concentración, pues ya en el período inicial llamado de investigación de la propiedad, los interesados no sólo declaran el dominio de sus tierras sino también, aportando su titulación, deben declarar a la vez las cargas y limitaciones existentes, que después se trasladan para reflejarse en el final del Acta de Reorganización para inscribir el estatus jurídico de las nuevas fincas en el Registro. Esto es lo normal y corriente; lo excepcional es que algún avisado intente «borrar» alguna carga omitiendo su declaración para ver si consigue obtener una nueva finca ya lavada de toda traba.

No pretendemos decir que esto haya ocurrido en el supuesto presente, simplemente indicamos que hubiera podido ser. Lo cierto es que el deudor, al hacer su declaración de fincas aportadas, debió manifestar la existencia de las anotaciones y parece que no lo hizo. Por ello no dudamos de calificar este caso de extraño, dadas las repetidas omisiones e injustificadas actuaciones que se han producido a lo largo del procedimiento.

En efecto, resultan poco explicable las circunstancias que concurren y que se detallan en el primer fundamento jurídico de la Resolución.

Aparte la injustificada omisión del deudor al hacer su declaración de que existían cargas inscritas, la actuación de la parte acreedora tampoco está demasiado clara. Téngase en cuenta que la concentración parcelaria es un fenómeno tan llamativo e importante para la vida de un pueblo que conlleva una publicidad general y notoria conocida por todos. Es impensable pensar que un acreedor que naturalmente quiera hacer efectivo su crédito, teniendo embargadas

las fincas del deudor, no adopte en estos casos las más elementales precauciones para prevenir las consecuencias del cambio que va a producirse y no procure hacer constar su derecho en el organismo actuante en la concentración con el fin de asegurar que se realice el traslado de la carga desde las fincas de origen a las de reemplazo que en su día se adjudiquen al deudor.

El artículo 207 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y el 78 de la Ley Foral navarra (donde se encuentran las fincas), señalan que el Instituto actuante deberá comunicar al Registro de la Propiedad que se ha dictado el Decreto declarando de utilidad pública la realización de la concentración parcelaria en cada municipio donde estas operaciones se efectúen. ¿Se cumplió este trámite? Sólo pensando que en el Registro se desconociese la existencia del trámite, se puede admitir que en la nota simple informativa que sirvió de base para iniciar la demanda, así como en la certificación de cargas expedida no se hiciera constar la existencia de la concentración y el cambio de fincas; tomando en cuenta que el Acta de Reorganización se inscribe en 1990, más extraño resulta que el perito que avaluó las fincas, ya después no manifieste en ningún momento que tales fincas ya no existían en la realidad. Y siete años más tarde, nada menos que en 1997, el Juzgado de Paz del pueblo, estando presente el perito «hace entrega de la posesión» (¿cómo?), sin que ni por el funcionario de dicho Juzgado de Paz ni por el perito se comunique al Juzgado ejecutante que tales fincas de origen no existen ya en la realidad física. (j)

Como final de esta serie de extrañezas, el Juzgado dicta Auto adjudicando a la demandante las dos fincas de origen que aparecen a nombre de la parte deudora con las correspondientes anotaciones. Pero el Registrador en su nota hace constar que «las fincas adjudicadas en el procedimiento fueron incluidas en la concentración parcelaria de F., según acta de reorganización de la propiedad aprobada por la Dirección del Instituto del Suelo y Concentración Parcelaria con los efectos señalados en los artículos 230 y siguientes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de tal modo que al deudor se le adjudicaron otras fincas de reemplazo, las cuales transmitió posteriormente a terceras personas, sin que el embargo fuese trasladado por el Servicio de Concentración Parcelaria a las indicadas fincas de reemplazo».

Hay que resaltar el dato importantísimo, definitivo, de que las fincas de reemplazo adjudicadas al deudor, e inscritas como libres de cargas, han sido transmitidas a terceras personas, lo que significa un cambio importante en la solución si, como es de suponer, los adquirentes tienen la condición de terceros.

Ante este cúmulo de anormalidades y omisiones que comienza con el «olvido» de la manifestación de cargas por el deudor y el desacierto del acreedor de señalar para el embargo a fincas ya prácticamente «agonizantes», y termina con la curiosa «toma de posesión» sobre fincas inexistentes, consideramos justificada la negativa del Registrador a inscribir el Auto de adjudicación sobre estas fincas fantasmagóricas. Tampoco le faltan argumentos al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que confirmó la nota de calificación diciendo, con visión realista, que aunque la inscripción pretendida por la recurrente se practicara, no tendría ninguna relevancia jurídica, pues en la realidad física no podría ejercerse ni materializarse tal derecho frente a nadie, al no tener ya las fincas de origen existencia real.

La Dirección General trata de desfacer el entuerto acudiendo al recurso de la doble inmatriculación. Para ello toma como básico el dato de la persistencia y vigencia de los folios originarios, en los cuales constan los embargos, por lo que se declara inscribible el Auto de la adjudicación. Bueno, y después ¿qué?

Ello supone remitir a los particulares a una situación litigiosa a que los avoca el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, cuando la cuestión pudo haberse evitado con la constancia en las fincas de reemplazo del embargo que existía en las de origen, lo que debió hacerse en el procedimiento concentrador y en el procedimiento judicial subsiguiente. Resulta incomprensible esta doble omisión.

En nuestra doble experiencia profesional como Letrado de Concentración Parcelaria y posteriormente como Registrador de la Propiedad, hemos tenido algunas ocasiones de aplicar los preceptos de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que regulan el traslado de situaciones y cargas desde las fincas de origen a las de reemplazo. Esta operación, dice el artículo 207 de dicha Ley, podrá practicarse en cualquier tiempo a costa del Instituto en virtud de certificación expedida por el órgano actuante. Entendemos que es así como se deben abordar estos problemas, dependiendo todo de la identificación de las fincas; es una cuestión no tan difícil y siempre posible, acudiendo al propio organismo que llevó a cabo las operaciones de la concentración, donde se conservan los datos y los planos de trabajo. En la práctica ya se han ido corrigiendo supuestos análogos, a medida que el tráfico jurídico va aclarando la verdadera situación de las fincas en los especiales casos en que se ha presentado la cuestión.

Opinamos que en el supuesto concreto que nos ocupa se ha llegado a esta situación por falta de acuerdo y quizá por falta de buena voluntad. Nuestro comentario quedaría incompleto si no aportásemos la solución que nos brinda el artículo 232 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, coincidente con el artículo 116 de la Ley Foral navarra de 1994, que se reproduce en el artículo 61 de la actualmente vigente Ley Foral de Infraestructuras Agrícolas de Navarra, de 7 de marzo de 2002, donde se regulan las garantías para asegurar el traslado de cargas y situaciones jurídicas. Dice este precepto que los derechos y situaciones jurídicas que no hubieran sido asignados en las bases a su legítimo titular no quedarán perjudicados por las resoluciones del expediente de concentración, pero sólo podrán hacerse efectivas por vía judicial ordinaria sobre las fincas de reemplazo adjudicadas a quien apareciera como titular de las fincas de procedencia. Y el supuesto presente también se contempla en el número 2 de dicho artículo, diciendo que si las fincas de reemplazo hubieran pasado a tercero protegido por la fe pública registral, el titular de los derechos perjudicados sólo tendrá derecho a justa indemnización.

El artículo 234 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario detalla las condiciones que han de concurrir para la aplicación de estas garantías que suplen la falta del traslado de cargas. Son:

a) Que los derechos y situaciones no hubieran sido tenidos en cuenta en el expediente de concentración parcelaria. Tal es el caso que estamos contemplando.

b) Que el titular registral o sus causahabientes no hayan conocido oportunamente la existencia de las operaciones de concentración parcelaria, ni hayan tenido medios racionales y motivos suficientes para conocerlos. Es difícil conceder esta ignorancia, dada la enorme publicidad de la concentración en el ámbito local, pues todo el mundo lo comenta y lo comunica a sus conocidos que estén fuera de la localidad. Es un fenómeno notorio e indudable.

c) Que no pueda efectuarse la traslación sobre las fincas de reemplazo por haber éstas pasado a tercero que reúna los requisitos establecidos en el ar-

título 34 de la Ley Hipotecaria, en cuyo caso, como ocurre en el presente, sólo cabe obtener la indemnización que corresponda.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

SEPARACION JUDICIAL. INSCRIPCION EN EL REGISTRO CIVIL.—NO ES PRECISO QUE EL COMPRADOR ACREDITE LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO CIVIL DE SU CONDICION DE SEPARADO JUDICIALMENTE, BASTANDO LA MANIFESTACION EXPRESADA EN LA ESCRITURA. (RESOLUCIÓN DE 12 DE JUNIO DE 2002. BOE DE 10 DE OCTUBRE DE 2002.)

RESOLUCION de 12 de junio de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Las Palmas de Gran Canaria, don Francisco Barrios Fernández, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Telde número 2, doña Cristina Casado Portillo, a inscribir una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca y modificación de préstamo.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Las Palmas de Gran Canaria, don Francisco Barrios Fernández, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Telde número 2, doña Cristina Casado Portillo, a inscribir una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca y modificación de préstamo.

Hechos.—I. El 27 de diciembre de 2001, mediante escritura otorgada ante don Francisco Barrios Fernández, Notario de Las Palmas de Gran Canaria, don Jorge Alexis Q. M. compra una finca urbana a determinados cónyuges con subrogación de hipoteca y modificación de préstamo.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Telde número dos, fue calificado con la siguiente nota: «Con referencia al documento presentado en esta oficina bajo el número 368 de entrada del año 2002; autorizado ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria, don Francisco Barrios Fernández, el 27 de diciembre de 2001, bajo el número 4.654 de protocolo; se pone en su conocimiento que el mismo ha sido calificado como defectuoso, contra cuya calificación se podrá interponer recurso en el plazo de un mes desde su notificación ante este Registro para la Dirección General de los Registros y del Notariado (arts. 322 y sigs. de la Ley Hipotecaria, y art. 19 bis de la Ley Hipotecaria); suspendiéndose su inscripción por observarse el siguiente defecto subsanable: Acreditar inscripción en el Registro Civil del estado de separación de la parte compradora (art. 266 del Reglamento del Registro Civil). Telde, 20 de febrero de 2002. La Registradora, Cristina Casado Portillo».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que no es necesario acreditar por certificación del Registro Civil la condición de separado judicialmente, según los artículos 159 y 187-3 del Reglamento Notarial. 2. Que son contrarias a dicha exigencia las Resoluciones de 16 de diciembre de 1994 y 5 de julio de 1995.

IV. La Registradora, en defensa de la nota, informó: 1. Que la doctrina de las Resoluciones de 16 de noviembre de 1994 y 5 de julio de 1995, confía en la simple declaración del particular adquirente y sin prueba alguna, la aplica-

ción de todo un estatuto jurídico que tendrá lugar en el momento en que se inscriba el bien con carácter privativo, dado que está, dicha inscripción, bajo la salvaguardia de los Tribunales y perjudica a terceros (arts. 1, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria). Que en la interpretación que las Resoluciones citadas hacen del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, no parece acorde con la Sección cuarta del capítulo segundo del título quinto del Reglamento del Registro Civil. Que el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil se está refiriendo a hechos que afectan al régimen económico del matrimonio, y entre estos hechos es indudable que sí se encuentra la adquisición de bienes en la que pueda quedar afectada la sociedad de gananciales, como es el caso de la adquisición por quien dice estar separado, situación esta que por imperativo del artículo 263 del Reglamento del Registro Civil, debe haber sido inscrita. 2. Que la separación judicial es un supuesto no contemplado en el artículo 3.363 del Reglamento del Registro Civil, y, por tanto, su inscripción debe acreditarse. 3. Que, por último, hay que señalar lo que dice el artículo 222.3.º-II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fundamentos de Derecho.—Vistos: Resoluciones de 2 de febrero de 1985, 16 de noviembre de 1994 y 5 de julio de 1995.

Se plantea en este recurso una cuestión ya resuelta por este centro directivo, cual es la de decidir si debe acreditarse la inscripción en el Registro Civil de la condición de separado judicialmente del comprador, y no procede ahora sino confirmar el criterio negativo hasta ahora sostenido por esta Dirección General (vid. Resolución de 20 de febrero de 1985, 16 de noviembre de 1994 y 5 de julio de 1995).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota impugnada.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 12 de junio de 2002.—La Directora General, Ana López-Monts Gallego.

Señor Registrador de la Propiedad de Telde.

COMENTARIO

En el único y escueto Fundamento Jurídico de esta Resolución se dice que «no procede ahora sino confirmar el criterio negativo hasta ahora sostenido por esta Dirección General».

Eso es todo. Ni una palabra más que justifique el porqué *ahora* procede confirmar el criterio sostenido. Habrá que convenir que aún en los casos en los que se mantiene una determinada orientación jurisprudencial hay que decir cuáles son los motivos para que no se altere el criterio, lo que en este caso no se hace y, además, con el significativo dato de que en el informe de la Registradora (aunque no en la nota) se había hecho referencia a un posible

cambio legislativo mediante la cita expresa del artículo 222.3.º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (1).

Veamos si de verdad la cuestión puede ser resuelta en forma tan escueta. Ya anticipamos que existían tres clases de argumentos para replantear la cuestión:

- De cambio normativo: el nuevo artículo 222.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- De jerarquía normativa (Ley del Registro Civil y Reglamentos del Registro Civil, Notarial e Hipotecario).
- La nueva realidad y sentir social.

II. EL ARGUMENTO DERIVADO DEL NUEVO ARTICULO 222.3.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Sobre este punto nos hemos manifestado ya con anterioridad (2) y no cabe sino volver a decir lo mismo. Dice el precepto respecto de la cosa juzgada material:

«En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad, la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil».

Entendemos que este artículo:

- No viene a alterar la naturaleza de la inscripción en el Registro Civil (3) (la regla general es el carácter declarativo y los supuestos constitutivos se consideran taxativamente señalados. Por lo tanto, si no altera la naturaleza de la inscripción, no supone una novedad absoluta respecto de lo que ya está dicho acerca de la necesidad de constatación en el Registro Civil de las resoluciones judiciales sobre separación matrimonial (art. 83 del Código Civil), divorcio (art. 89 del Código Civil), filiación (arts. 112 y sigs. del Código Civil) e incapacitación (arts. 214 y 218 del Código Civil).

(1) En la nota de calificación equivocadamente se alude al artículo 366 del Reglamento del Registro Civil, cuando dicho precepto no tiene relación con la cuestión, puesto que el mismo solamente es de aplicación a aquellos supuestos en los que se trate de capitulaciones o hechos que afecten al régimen económico matrimonial y deban reflejarse tanto en el Registro Civil como en el de la Propiedad, resultando que una compraventa no se refleja en el Registro Civil (argumento expresamente recogido en la Resolución de 16 de noviembre de 1994).

(2) En el trabajo «La publicidad del régimen económico matrimonial. Relaciones entre el Registro Civil y el Registro de la Propiedad», dentro del Libro *Derecho de Familia y Registro de la Propiedad*, editado por el Centro de Estudios Registrales, págs. 239 y sigs.

(3) El artículo 755 de la nueva LEC establece que las sentencias y demás resoluciones judiciales dictadas en procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, se comunicarán de oficio al Registro Civil «cuando proceda». Es decir, cuando lo diga específicamente algún precepto, porque si fuera la inscripción constitutiva, procedería en todo caso.

- No obstante, sí hay que destacar que es la primera vez que se dice con carácter general que es necesaria la constatación en el Registro Civil de este tipo de resoluciones para que se produzca el efecto de cosa juzgada material *frente a todos*. Si a ello le añadimos que, por definición, cuando nos encontramos ante el Registro de la Propiedad, la publicidad del mismo lo es *erga omnes*, habrá que considerar que el mismo argumento que lleva a coordinar publicidades a través del p. VI del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, se encuentra aquí presente.

III. LA RELACION JERARQUICA ENTRE EL ARTICULO 2 DE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL Y LOS ARTICULOS 363 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL, 159 DEL REGLAMENTO NOTARIAL Y 51.9.^a DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

La regla general es que la prueba de los hechos inscritos (hechos de los que se derivará el estado civil respecto del matrimonio) la constituye el Registro Civil y solamente en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba (art. 2 de la LRC). Veamos si este precepto está debidamente desarrollado en los textos reglamentarios.

1. EL ARTICULO 363 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL

Según este artículo (en redacción dada por el Real Decreto de 29 de agosto de 1986, de reforma del Reglamento del Registro Civil):

«La vida, estado de soltero, viudo o divorciado se acreditan por la correspondiente fe del encargado.

La vida se acredita también por comparecencia del sujeto o por acta notarial de presencia, y el estado de soltero, viudo o divorciado, por declaración jurada o afirmación solemne del propio sujeto o por acta de notoriedad.

Ningún órgano oficial, ante quien la vida se acredite por comparecencia del sujeto o el estado de soltero, viudo o divorciado por aquella manifestación podrá exigir otros medios de prueba, sin perjuicio de la investigación de oficio que proceda en caso de duda fundada. Por los órganos oficiales se advertirá previamente al declarante la responsabilidad penal en que puede incurrir».

En relación con el mismo, ya hemos dicho también con anterioridad (4) (en defensa de que el supuesto de separación judicial no queda incluida) que la posibilidad de que el estado de «soltero, viudo o divorciado» se acredite por «declaración jurada o afirmación solemne del propio sujeto o por acta de notoriedad», no ha de ser interpretada en forma extensiva a supuestos que no comprende, entre los que no está la separación judicial (no debe olvidarse que la redacción de este precepto está dada por el Real Decreto de 29 de agosto

(4) *Ob. cit.*

de 1986, cuando las expresiones de «divorciado» y «separado» estaban ya consagradas legalmente).

De una manera rotunda y con carácter general, dice DÍAZ FRAILE (5) que «...el artículo 363 del Reglamento del Registro Civil ... quiebra de forma manifiesta la regla de exclusividad probatoria atribuida al Registro Civil por el artículo 2.º de la Ley, al admitir una prueba extrarregistral consistente en la sola manifestación del interesado, y sin sujeción al requisito de la ausencia de inscripción, por lo que debe reputarse nulo de pleno derecho por infringir los principios de jerarquía normativa y legalidad establecidos en los artículos 9.3 de la Constitución española y 1.2 del Código Civil... La situación de ilegalidad... se ha agravado como consecuencia de desaparición en la última reforma del Código Penal de 1995, del delito de falsedad ideológica en documento público, a excepción de aquella en que pueda incurrir el fedatario que lo autorice, con lo que queda completamente diluida la única garantía de veracidad a la que acudía el artículo...» (6).

Hay otro argumento para sostener que el artículo 363 del Reglamento del Registro Civil no puede servir de base para justificar que la situación de soltero, viudo o divorciado se realice por mera declaración jurada o afirmación solemne del propio sujeto o por acta de notoriedad: no es otro que el que si se interpreta que la declaración es un medio de prueba estamos introduciendo un título de legitimación no previsto en la legislación, la cual solamente admite dos, la inscripción en el Registro Civil (título normal y preferido) y la posesión de estado (título subsidiario o complementario) (7). Si no es un título de legitimación, ello quiere decir que no dispensa de la necesidad de justificación del estado civil para poder ejercitar las facultades derivadas del mismo. ¿Cuál es el alcance del artículo entonces? No puede ser otro que el de facilitar la vida ordinaria de los individuos (en relación con la Administración), por lo que no puede interpretarse en el sentido de ser un medio de prueba válido para aquellos casos en los que la declaración del sujeto vaya a tener repercusiones respecto de terceros; su ámbito propio se limita a los supuestos ordinarios (8) en los que el estado civil respecto del matrimonio no pasa de ser un elemento identificador (sorprendentemente esta idea se encuentra en las Resoluciones de 20 de febrero de 1985 y de 16 de noviembre de 1994, lo único que ocurre es que después extraen consecuencias que son excesivas).

2. EL REGLAMENTO NOTARIAL Y EL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Por lo que se refiere al Reglamento Notarial, se establece en el artículo 159 que «las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, viudo o divorciado (...). Si el otorgante fuere

(5) Entre otros lugares en «La prueba del estado civil ante el Registro de la Propiedad. El valor de la inscripción en el Registro Civil», trabajo publicado en la misma obra citada *Derecho de Familia y Registro de la Propiedad*, pág. 277 y sigs.

(6) *Ob. cit.*, pág. 336

(7) FEDERICO DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Tomo II, pág. 80.

(8) Sirva un ejemplo: respecto de la patria potestad, el Código Civil claramente distingue entre el ejercicio ordinario y extraordinario (art. 156 del Código Civil). Nadie piensa que la adquisición de un bien inmueble por uno de los titulares de la patria potestad es ejercicio ordinario, por lo que habrá de justificarse debidamente (art. 164 del Reglamento Notarial).

casado, viudo o divorciado, y el acto o contrato afectará a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se harán constar el nombre y apellidos del cónyuge, diciendo también si está casado en primeras nupcias o en ulterior matrimonio, salvo que por ley o por pacto no exista entre los cónyuges sociedad de gananciales». Solamente en caso de duda, el Notario podrá pedir las certificaciones correspondientes del Registro Civil (art. 187 del Reglamento Notarial).

El Reglamento Hipotecario hace referencia también a la simple manifestación, ya que en toda inscripción o anotación que vaya a hacerse en el Registro de la Propiedad deberá constar como circunstancia de la persona física «si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado, y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y el domicilio del otro cónyuge; la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan...» (art. 51 regla novena del Reglamento Hipotecario en la redacción dada por el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre).

Ambos preceptos reglamentarios no pueden por sí solos suponer un cambio del sistema establecido por el Ordenamiento Jurídico acerca de la forma en que ha de ser probado el estado civil. Es más, los artículos del Reglamento Notarial sólo pueden entenderse en el contexto del artículo 1.218 del Código Civil y del principio de la limitación de la eficacia probatoria del contenido de los documentos públicos al círculo de las partes contratantes y sus herederos (no frente a terceros) (9). Y en lo que se refiere al Reglamento Hipotecario, aunque se limite a determinar cuáles son las circunstancias que han de hacerse constar, se pone de manifiesto lo inadecuado del sistema, si no se pide la justificación del estado civil en las consecuencias posteriores, ya que una vez que el bien está inscrito como privativo por haber declarado el adquirente que estaba separado legalmente al tiempo de la adquisición, podrá venderlo por sí solo con posterioridad sin que sea posible que el Registrador exija ningún tipo de justificación (10).

IV. EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA NUEVA REALIDAD SOCIAL. PRUDENCIA Y SEGURIDAD JURIDICA

Los preceptos reglamentarios que han servido de apoyo para la orientación jurisprudencial de la Dirección General de los Registros y del Notariado tuvieron su origen (aunque hayan tenido modificaciones en su redacción) en unos momentos en los que la realidad social y la regulación normativa conferían a las situaciones respecto del matrimonio una mayor estabilidad que en la actualidad en donde separación y divorcio se contemplan legislativamente, sobre todo, como el simple cese efectivo de la convivencia conyugal (arts. 82 y 86 del Código Civil).

Es por ello que la seguridad jurídica se corresponde mal con tan endeble mecanismos de prueba de situaciones que van a tener trascendencia respecto de terceros. Hasta el punto que autores notarialistas nada sospechosos (11) han

(9) DÍAZ FRAILE, *ob. cit.*, pág. 336.

(10) Resolución de 1 de octubre de 1998.

(11) ROBERTO BLANQUER UBEROS, «Las circunstancias del estado civil del compareciente. Su expresión y su justificación en relación con la seguridad jurídica. Llamada a la prudencia y búsqueda de seguridad. Reflexión sobre las normas en el Reglamento

afirmado que el mero y exacto cumplimiento de las normas reglamentarias respecto del separado judicialmente puede causar grave daño para la justicia o para la seguridad jurídica preventiva y parece prudente sugerir que se traten de evitar conflictos o pleitos mediante la diligente actuación del notario en la fase de preparación de la escritura, obteniendo para ello prueba fehaciente y auténtica de haberse pronunciado la sentencia firme de separación (12).

Conflictos futuros que pueden producirse tanto respecto del otro cónyuge que haya podido verse afectado por la declaración falsa o errónea, como respecto de terceros que entren en relación con la situación jurídica creada a partir de la declaración hecha.

V. EL «POR QUE» DE LA PETICION DE SILENCIO

Si algo ha quedado claro de lo expuesto hasta ahora es que la problemática es lo suficientemente compleja como para que no pueda ni deba ser resuelta en escasas líneas carentes de argumentación. A esto hay que añadir otras consideraciones.

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se publican en el *Boletín Oficial del Estado* (13). Esto es algo que supone dar a las mismas una publicidad, extensión, conocimiento e influencia importantísimas; piénsese que solamente las sentencias del Tribunal Constitucional gozan de un tratamiento semejante, mientras que no tienen esta consideración tan especial las sentencias del Tribunal Supremo, ni tan siquiera en aquellos casos en los que el tema hubiera llegado a tan alto Tribunal en virtud del procedimiento de impugnación de la Resolución ante el Juzgado de Primera Instancia competente (nuevo art. 328 de la Ley Hipotecaria). Esta difusión tan extraordinariamente importante lleva consigo una especial responsabilidad: se ha de cuidar aquello que aparece publicado en el *Boletín Oficial*, de tal manera que no pueden mandarse al mismo recursos que hayan sido resueltos de manera apresurada con la sola pretensión de reducir el número de los que estuvieren acumulados o de evitar que entre en juego el silencio administrativo.

Y esta es la segunda consideración que ha de hacerse: es preferible el silencio a una decisión cuyas consecuencias no se hayan meditado. En efecto, cuando se considere que el tema es discutible o por lo menos que ha de ser objeto de mayor reflexión, o que no conviene al sistema establecido publicar algo que no plantea especiales problemas en el quehacer diario, está la posibilidad de dejar transcurrir el plazo de tres meses (art. 327 de la LH). Con ello

Notarial y en el Hipotecario», en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 2001, pág. 31 y sigs. Largo título para este trabajo. El mismo no realiza un análisis desde el punto de vista normativo, sino desde consideraciones de prudencia y de mejora del «arte de la Notaría». Da por bueno el sistema reglamentario respecto de la situación de casado y divorciado, pero no respecto de la del separado judicialmente.

(12) Que por aplicación de la legislación del Registro Civil y del artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la prueba fehaciente no ha de ser otra que la inscripción en el Registro Civil al margen de la inscripción de matrimonio.

(13) Según el nuevo artículo 327 de la Ley Hipotecaria, cuando se trate de resoluciones que estimen el recurso, literalmente parece que aquéllas en las que se diera la razón al Registrador, no son objeto de publicación, si bien vemos que siguen apareciendo tanto las de un sentido como otro.

seguirá abierta la posibilidad de seguir discutiendo o de seguir interpretando las normas en determinado sentido.

Esta posibilidad del silencio administrativo puede ser un instrumento útil. Sirva un ejemplo. El antiguo artículo 298 del Reglamento Hipotecario (antes de la reforma por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998) era claramente ilegal en el apartado que se refería a la inmatriculación por título público con el único requisito de que el mismo contara con más de un año de antigüedad; pues bien, a pesar de dicha ilegalidad, dado que era un cauce adecuado (sobre todo en la propiedad rústica) para facilitar el acceso al Registro de fincas no inscritas, a nadie se le ocurría plantear objeción alguna, hasta que (era a finales de los años ochenta) un Notario y un Registrador —de común acuerdo— decidieron plantear el recurso correspondiente; en la Dirección General se vio que necesariamente tendría que decirse que el precepto vulneraba el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por lo que la Resolución supondría un auténtico cambio en una práctica que, con sus virtudes y defectos, venía funcionando; la consecuencia fue que se tuvo que llamar a los interesados y convencerles para que desistieran del recurso. Hoy no hubiera sido necesario, simplemente se hubiera dejado pasar tres meses.

JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

HIPOTECA. NOVACION. CUENTA CORRIENTE DE CREDITO.—EL QUE LA LEY 2/1994 SE LIMITE A CONTEMPLAR EL SUPUESTO DE NOVACION DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS NO ES OBSTACULO PARA INSCRIBIR LA NOVACION DE UNA HIPOTECA EN GARANTIA DE CUENTA CORRIENTE DE CREDITO, YA QUE LA LEY 2/1994 NO CONTIENE LA REGULACION GENERAL DE LA NOVACION, QUE SE CONTIENE EN EL CODIGO CIVIL Y LEGISLACION HIPOTECARIA, SINO, EXCLUSIVAMENTE, LOS REQUISITOS DE LA NOVACION Y SUBROGACION PARA PODER GOZAR DE DETERMINADOS BENEFICIOS FISCALES Y ARANCELARIOS. (RESOLUCIÓN DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2001. BOE DE 10 DE DICIEMBRE DE 2001.)

RESOLUCION de 27 de septiembre de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Enrique Franch Valverde, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 23, don angel García Miranda, a inscribir una escritura de novación modificativa de otra de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Enrique Franch Valverde, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 23, don Angel García Miranda, a inscribir una escritura de novación modificativa de otra de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Mediante escritura autorizada el día 3 de mayo de 1996, se formalizó la concesión de un crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria por un plazo máximo de tres años, como crédito y siete años más para amortizar en catorce cuotas semestrales a contar desde la fecha de otorgamiento de la escritura, y con un tipo de interés fijo del 12 por 100 anual. El

día 23 de julio de 1997, ante el Notario de Madrid, don Enrique Franch Valverde, se otorgó escritura de novación modificativa de la anterior, de suerte que, a partir del 3 de mayo de 1997 al 3 de mayo de 1998, el capital dispuesto y no amortizado devengaría un interés remuneratorio fijo del 8 por 100 anual, y a partir del 3 de mayo de 1998 hasta el vencimiento del crédito el tipo de interés sería variable y revisable anualmente, aplicando el que resulte de sumar un diferencial de 1,25 puntos porcentuales al tipo de referencia —el denominado MIBOR, a un año—; y, después de expresar los extremos de la novación que se formaliza, se añade que «Permanece en vigor, sin otras modificaciones que las pactadas en la presente escritura, el resto del contrato de crédito con garantía hipotecaria formalizado en escritura de fecha 3 de mayo de 1996, referenciada en el exponendo I». En el expositivo II de la escritura se especifica que la modificación se lleva a cabo «para mejorar las condiciones del tipo de interés y todo ello al amparo de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios»; y en el apartado quinto del otorgamiento se indica que las partes prestan su consentimiento a las modificaciones pactadas en dicha escritura «otorgada al amparo de lo previsto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, solicitándose expresamente los beneficios fiscales y los establecidos para el cálculo de los honorarios notariales y registrales que se determinan en el artículo 9 de la Ley anteriormente citada, e instando del señor Registrador de la Propiedad la práctica de las oportunas operaciones registrales».

II. Presentada en el Registro de la Propiedad número 23 de Madrid, copia de la mencionada escritura otorgada el 23 de julio de 1997, fue calificada con la siguiente nota: «A solicitud verbal del presentante, conforme al artículo 429, párrafo segundo del Reglamento Hipotecario, se extiende la siguiente nota de calificación: Denegada la inscripción del precedente documento que causó el asiento 2.601 del diario 16, por el defecto insubsanable de no estar comprendido el crédito en cuenta corriente garantizado con hipoteca, que causó la inscripción 1.ª de la finca registral número 10.331, en el ámbito del artículo 1 de la Ley 2/1994 —sic— de 30 de marzo —*Boletín Oficial del Estado* de 4 de abril—, que sólo comprende los préstamos hipotecarios. No procede tomar anotación preventiva conforme al artículo 65 de la Ley Hipotecaria. Puede interponerse recurso gubernativo de esta nota calificatoria en la forma y plazo que determinan los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Madrid, treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete. El Registrador». Firma ilegible.

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en primer lugar hay que resaltar la improcedencia de la cita legal, pues el artículo 1 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, para nada se refiere a las escrituras de novación, sino sólo a las de subrogación, y a las de novación modificativa se refiere el artículo 9 de la propia Ley. Que por razones de economía procesal se entiende que el Registrador se ha querido referir a este último artículo y no al erróneamente citado. I. Que la primera cuestión que plantea la calificación del Registrador es de si será o no cierto que la Ley 2/1994 sólo es aplicable a los «préstamos», y nunca a los «créditos hipotecarios». Que la cuestión se ha planteado desde el mismo instante de la publicación de la Ley, y es lícito plantearlo, no obstante lo terminante que a primera vista pueda parecer la dicción legal, porque, por un lado la promulgación de una ley especial para, desarrollando lo que ya regula

el Código Civil en su artículo 1.211, favorecer a unos deudores al negociar una mejora en las condiciones del tipo de interés, que se aplica a su deuda, es chocante e injustificado. Que también habla de préstamo la Orden Ministerial de Transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios, de 5 de mayo de 1994, y la Resolución de 27 de octubre de 1994 decidió su aplicabilidad a créditos. Que de la Exposición de Motivos de la referida ley parece que el empleo del término «préstamos» por el legislador lo ha sido en sentido vulgar y omnicomprendivo de operación crediticia con garantía hipotecaria. Que al interpretar la ley hay que atender además de su literalidad a la finalidad perseguida por el legislador con su promulgación: promover la competencia real entre las entidades financieras, facilitando a los deudores un mecanismo de cierta sencillez para cambiar de acreedor a bajo coste, permitiendo, igualmente, una novación barata de las condiciones pactadas para no provocar un caos de cambios de entidad acreedora. Que con ello se está refutando el criterio interpretativo exclusivamente literalista de la Resolución de 12 de mayo de 1997. Que no se encuentra ninguna razón para que tales beneficios fuesen aplicables a los préstamos y no a los créditos y, no es razón, el que sea más frecuente la operación de préstamo que la de crédito, porque además ello es, o puede ser puramente circunstancial o coyuntural y la ley tiene carácter de permanencia. Que la solución aportada por algunos, consistente en aplicar la ley a los créditos, previo el cierre de cuenta y la renuncia formalmente acreditada a futuras disposiciones, se considera que no resuelve el problema. Que últimamente la doctrina admite también los préstamos consensuales en que las operaciones que surgen son bilaterales. Esto ha acercado las figuras de préstamo y crédito, hasta el punto que la práctica bancaria ha inventado una serie de contratos, lícitos al amparo del artículo 1.255 del Código Civil que son una mezcla de crédito y préstamo. II. Que el crédito que es objeto de la escritura calificada sólo lo es en la denominación adoptada por las partes para su calificación, porque si se examina detenidamente sólo funciona como tal crédito durante tres años, concluidos los cuales, el saldo que exista al llegar a ese plazo se devuelve mediante cuotas periódicas durante un plazo de siete años. En esta segunda fase se desenvuelve como un verdadero préstamo. Que hay que admitir que la expresión «préstamo hipotecario» utilizada por el legislador, lo es con carácter general, y alcanza a los «préstamos» y «créditos». En realidad el favorecido por la ley es el deudor hipotecario, con carácter general, que es el que preocupaba al legislador. Que, por otro lado, al realizarse la novación se está pactando la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto para la fase de crédito como de préstamo, por lo que no sería admisible ese distinto tratamiento a las novaciones efectuadas en uno u otro tiempo de la vida de la operación crediticia que se trata. III. Que no tiene justificación la calificación del pretendido defecto como insubsanable. Que lo que sucede con este recurso es que habrá de resolver sobre si a la novación de la operación crediticia bancaria, formalizada en la escritura, le es o no aplicable el régimen de bonificaciones arancelarias prevista en la Ley 2/1994. Que desde el punto de vista sustantivo hay que repetir que lo que se sostiene es que la Ley 2/1994 es aplicable al caso que se trata.

IV. El Registrador en defensa de la nota, informó: Que el artículo 9 de la Ley 2/1994 es un mero desarrollo desde el punto de vista exclusivamente fiscal de la novación modificativa y, por tanto, un complemento del artículo 1, que es de referencia general a toda la ley, aplicable tanto a la novación como a la subrogación. Que el resto del contenido del escrito del recurrente se puede

resumir en las dos afirmaciones siguientes: 1.^a Que la ley es aplicable a la novación de hipoteca constituida en garantía del crédito de una cuenta corriente (que es la escritura que motiva el recurso), pues es de aplicación a toda operación crediticia bancaria, sea de préstamo o de crédito. A ello hay que decir que si durante la vigencia de la cuenta corriente no se concreta el *quantum* del que se ha dispuesto sino sólo el *máximum* garantizado, entonces es crédito y no préstamo y sólo al cierre definitivo de la cuenta se podrá o no considerar préstamo. Que la Dirección General no ha dictado las Resoluciones que cita el recurrente. 2.^a Que caso de estimarse no aplicable, el defecto será subsanable, pues bastaría modificar su contenido considerándolo como novación modificativa del Código Civil y suprimiendo la referencia a la ley. Que hay que señalar que la hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente encaja en las denominadas hipotecas de máximo, en las cuales el dinero no es tomado a préstamo como exige el artículo 1.211 del Código Civil y reitera el artículo 2 de la Ley citada, la cual lleva a la conclusión de que la subrogación (art. 1 de la Ley) y la novación (art. 9 de la misma) sólo es aplicable a los préstamos hipotecarios tanto a interés fijo como a interés variable, conforme al artículo 1.753 del Código Civil, como contrato real y unilateral que se perfecciona por la entrega, pero no a otros tipos de hipoteca como son los que garantizan los contratos de cuenta corriente, los reconocimientos de deuda, los créditos asegurados con hipoteca de fianza, los cambiarios, los de en garantía de deuda futura, los de obligación no dineraria, los de precio aplazado en la compraventa o el de apertura de crédito en cuenta corriente, que es el presente caso. Que se recoge la interpretación que del artículo 1.211 del Código Civil hace la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1989, cuyo criterio fue reiterado por la sentencia de 27 de octubre de 1994, en el sentido que la entrega del dinero es necesaria para que nazca el contrato real de préstamo. Que, anteriormente la sentencia de 4 de mayo de 1943 precisó que la apertura de crédito no es un verdadero préstamo, sino un crédito considerado como contrato atípico y regulado por analogía por las normas del préstamo. Que la referida ley, como norma especial, es de interpretación restrictiva, como dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero y 27 de noviembre de 1947. Que como detalle puede apreciarse que el artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario distingue entre préstamo y crédito. Que la atribución del carácter insubsanable del defecto apreciado radica precisamente en que sí se estima necesario el otorgamiento de nuevo documento público notarial, el cual altera y modifica sustancialmente el contenido del documento que se subsana en el aspecto jurídico. Que nada menos que es necesario eliminar el amparo que se hace de una ley especial y sustituirlo por el apoyo legal del artículo 144 de la Ley Hipotecaria que permite el acceso al Registro de la novación del contrato primitivo, en este caso de una novación modificativa ordinaria. Que todo ello lleva a estimar el defecto como insubsanable, pues no es la mera supresión de la referencia a la ley lo que soluciona el problema, sino que la referencia ha de hacerse a las normas generales antes apuntadas. Que si en la escritura se hubiera dicho expresamente: 1.º Que la cuenta corriente está ya cerrada, y 2.º Que el saldo está ya fijado y tiene por delante un período para amortizarlo, entonces podría haberse inscrito porque al entrar en la fase de saldo definitivo puede asimilarse a un contrato real de préstamo con capital ya determinado. Estas dos precisiones no se hacen en la escritura calificada, porque no se dan, por lo que el defecto se estima insubsanable.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmó la nota del Registro fundándose en que en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, se emplea la palabra «préstamo» para señalar su ámbito, sin hacer mención alguna del término «crédito» y, por ello, tratándose de una ley especial, que ha de ser objeto de interpretación restrictiva, no puede entenderse que el legislador haya utilizado el término «préstamo» en un sentido vulgar comprensivo también del contrato de crédito con garantía hipotecaria. Que el defecto apreciado por el Registrador ha de considerarse insubsanable, habida cuenta que la subsanación exige el otorgamiento de un nuevo documento público en el que habría de modificarse de forma jurídicamente sustancial la escritura anterior.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; 1.203.1.º, 1.204 y 1.753 a 1.757 del Código Civil; 311 y siguientes del Código de Comercio; 144 de la Ley Hipotecaria; 240 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 18 de junio y 17 de julio de 2001.

1. En el supuesto fáctico de este expediente, el Registrador deniega la inscripción de una escritura de novación modificativa de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria, en la que se sustituyen el tipo de interés ordinario fijo por otro del mismo carácter, pero inferior para el primer año, y otro variable para el resto de la duración del crédito, porque, a su juicio, dicho contrato no está comprendido en el ámbito de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

2. Sin necesidad de entrar en las peculiaridades de la concreta modalidad del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente formalizado mediante la escritura calificada (en la que se fija un plazo de tres años transcurrido el cual desaparece la disponibilidad y se concreta el importe debido en las sumas de que se haya dispuesto hasta entonces que se ha de devolver a partir de ese momento siguiendo un régimen de amortización periódico y con devengo de intereses en términos coincidentes con los préstamos sujetos a amortización por cuotas —cfr. la doctrina sentada por las Resoluciones de este Centro Directivo de 18 de junio y 17 de julio de 2001, según las cuales, cuando se da, entre otras, una circunstancia análoga a la indicada en el caso debatido, la modalidad del contrato de apertura de crédito participa de la misma causa negocial que es propia del préstamo regulado en los arts. 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de modo que sus efectos son asimilables—, lo cierto es que el defecto expresado en la nota de calificación no puede ser confirmado si se tiene en cuenta que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, no contiene una regulación sustantiva de la novación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, sino que se limita a la referencia que el artículo 9 hace a la «mejora de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente», únicamente como presupuesto de la aplicación de determinados beneficios fiscales y arancelarios. Por ello, y sin prejuzgar sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de los referidos beneficios, ningún obstáculo puede verse al reflejo registral de la novación modificativa de que se trata, conforme a lo establecido en los artículos 1.203.1.º del Código Civil, 144 de la Ley Hipotecaria y 240 del Reglamento Hipotecario.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado y la nota de calificación.

Madrid, 27 de septiembre de 2001.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

Uno es el defecto apreciado por el Registrador de la Propiedad, en virtud del cual rechaza la inscripción solicitada de la novación objetiva por cambio del tipo de interés en el crédito en cuenta corriente garantizado con hipoteca. Y el motivo de la denegación es que la pretendida novación modificativa del tipo de interés no puede hacerse al amparo de la Ley II/1994, de 30 de marzo, por quedar los créditos en cuenta corriente fuera del ámbito objetivo de dicha Ley que, según el Registrador, sólo se refiere a los préstamos.

Este defecto fue ya comentado en otra Resolución anterior (17 de julio de 2001), a la que haré distintas referencias; no obstante al tratarse, en este caso, de una novación modificativa, una modificación del tipo de interés en lugar de una subrogación, como se analizó entonces, conviene pararse a pensar si las cosas pueden ser distintas. Por eso, planteo estudiar el asunto de la siguiente forma: En relación con el ámbito objetivo de la Ley 2/1994:

a) Si el cambio o modificación del tipo de interés previsto en la escritura que se presenta a calificación es realmente o puede considerarse una «mejora» a las que se refiere la propia Ley.

b) Si el ámbito objetivo de la Ley es el mismo cuando se trata de una novación o modificación del tipo de interés, o sólo es exigible para la subrogación. Para ello habrá que ver primero cuál es su ámbito objetivo, y a continuación si es o no el mismo que se exige para la novación del tipo de interés de la Ley.

Por último, habría que concluir si con independencia de la aplicación de esta Ley, para la obtención de las ventajas y beneficios fiscales correspondientes, si esa novación podría llevarse a cabo por el Código Civil y tomar constancia de ella en el Registro de la Propiedad.

ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO

a) ¿El cambio del tipo de interés que se pretende es una «mejora» de las previstas en la Ley? El artículo 9 de la LSMP dice que las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios gozarán de los beneficios fiscales y arancelarios previstos siempre que «la modificación se refiera a la mejora de las condiciones de los tipos de interés inicialmente pactado o vigente».

La mejora en las condiciones del tipo de interés en la novación modificativa ha de interpretarse exactamente igual que la mejora prevista en la subrogación, y han de aplicarse los mismos requisitos y criterios para determinar si es o no mejora.

Y habrá mejora (para la subrogación y por tanto para la novación) cuando el deudor pase a deber menos o en condiciones menos onerosas.

Hay que distinguir, en primer lugar, y siguiendo a HERNÁNDEZ ANTOLÍN (1), si los tipos son fijos o variables: a) Si el tipo es fijo, su mejora es fácil y no plantea problemas, reducción del mismo; b) Por el contrario, si el tipo es variable, el concepto de mejora es un poco más problemático de resolver. 1. No hay problema si para los distintos períodos están ya fijados; 2. Tampoco si la mejora se hace reduciendo en X puntos al fijado inicialmente; 3. La mejora es también obvia si lo que se reduce es el diferencial pactado, manteniendo el índice. 4. El problema surge cuando el nuevo índice es distinto del inicialmente pactado; al ser magnitudes distintas es muy difícil su comparación. En este caso, se cambia un interés a tipo fijo del 12 por 100 por un interés, en el primer período, un tipo fijo del 8 por 100 (aquí la mejora es clara); y en un segundo período, el tipo será variable y revisable anualmente, y será el que resulte de aplicar el diferencial del 1,25 al tipo de referencia MIBOR (a un año). En este segundo período, la mejora es asimismo clara por cuanto a pesar de cambiar de un fijo a un variable, dado la bajada generalizada de los tipos de interés, hacen que aunque a la referencia MIBOR se le sume un 1,25, para igualar o superar el 12 por 100 inicialmente pactado, tendría que estar en 10,75 por 100, lo que en el momento de otorgar la escritura de novación era imposible por encontrarse mucho más bajo; por lo tanto se mejora también el variable.

Está claro que el cambio del tipo de interés es una mejora de las previstas en la LSMFH, pero, ¿se trata realmente de un préstamo hipotecario de los queridos por la Ley?

b) La Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios en su artículo 1.2 establece claramente que se aplica a los préstamos hipotecarios concedidos o contratados por entidades crediticias, delimitando de esta forma el ámbito objetivo en cuanto a la cosa y las personas intervinientes (2).

A lo largo de su articulado se repite la expresión «préstamos» (3); en el mandato parlamentario que la provocó, el legislador siempre se ha referido a los préstamos hipotecarios, y el cambio que se produjo en su tramitación parlamentaria no aprovechó para ampliar el ámbito objetivo de préstamos hipotecarios a otras figuras similares; asimismo, la referencia expresa de esta Ley a la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, hace pensar que ambas se están refiriendo al mismo tipo contractual, y el de la LRMH no es sino el préstamo hipotecario, tal y como se desprende de sus preceptos (4).

(1) Véase HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 622, mayo-junio, 1994, págs. 1221-1223.

(2) Artículo 1 LSMH: «1. Las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, podrán ser subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos, por otras entidades análogas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. 2. La subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada».

(3) Véanse los artículos 2, 3, 9 de la Ley.

(4) Véase, por ejemplo, los artículos 1 y 4 de la LRMH: Artículo 1: «Las entidades financieras a las que esta Ley se refiere podrán conceder préstamos hipotecarios y emitir títulos...». Artículo 4: «La finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta

Además, el supuesto de subrogación previsto en la LSMH es un desarrollo de la subrogación sin conocimiento del acreedor que recoge el artículo 1.211 del Código Civil (tal y como se desprende de la propia Exposición de Motivos de la Ley), luego, la misma interpretación restrictiva que se hace de este artículo —por tratarse de un supuesto excepcional— ha de hacerse con respecto a la subrogación prevista en la Ley 2/1994, y por lo tanto, hay que cumplir escrupulosamente todos los requisitos que se exigen para la misma, entre los que se dice expresamente que la subrogación sólo puede hacerse en un contrato de préstamo.

Por todo esto, tradicionalmente, la doctrina (5) ha venido considerando que la subrogación prevista en esta Ley sólo puede aplicarse cuando se trate de un préstamo hipotecario (en sentido estricto) y no cuando se trate de otras figuras contractuales propias de la práctica bancaria que tienen, asimismo, por finalidad la financiación, como pueden ser créditos, avales, etc.

Sin embargo, esta tesis restrictiva también ha tenido sus detractores y ha sido criticada por otra parte de la doctrina que entiende que es absurdo constreñir la aplicación de esta Ley sólo a los préstamos en sentido estricto, y que no hay problema en entender que también puede producirse la subrogación prevista en apertura de créditos, cuenta corriente de crédito, etc. (6); pues de la propia *ratio* de la Ley parece deducirse que es posible, ya que lo que se pretende con la misma es favorecer al deudor, cualquiera que sea el contrato causa de su deuda.

La DGRN, en la Resolución de 18 de junio de 2001 confirma esta nueva idea, y aunque considera que en la Ley sólo se hace referencia a los préstamos, amplía el concepto de préstamo hipotecario a los efectos de esta Ley, y afirma que puede aplicarse la subrogación en ella prevista a esas otras figuras que sin ser préstamo en sentido estricto se comportan como tales, o pueden asimilarse a los mismos por el hecho de devenir en una relación jurídica unilateral asimilable al préstamo (la obligación de devolver una cantidad exacta de dinero), como puede ocurrir en un préstamo futuro o en la apertura de crédito (7).

Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización...

(5) Véase, entre otros: GARCÍA MÁS, F. J., «Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 624, septiembre-octubre, 1994, pág. 1950; LÓPEZ LIZ, J., *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 91-94.

(6) Véase NIETO CAROL, U., «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Contratos bancarios y parabancarios*, AA.VV., Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 476; VATTIER FUENZALIDA, C.: «La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la Ley 2/1994, de 30 de marzo», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 199, pág. 606; RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y UREÑA MARTÍNEZ, M., «Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, núm. 38, octubre de 1994, págs. 786-790; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 622, mayo-junio, 1994, págs. 1216-1221.

(7) Véase la RDGN de 18 de junio de 2001: Después de diferenciar claramente el préstamo de la apertura de crédito en cuenta corriente, mantiene: «frente a estas figuras (préstamo y apertura de crédito), tipificadas por el legislador y los usos bancarios, las técnicas financieras han alumbrado, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, otras modalidades de contrato de préstamo que partiendo de cada una de aquéllas

Así las cosas, y como ya manifesté en el comentario a la Resolución de 17 de julio de 2001, citada anteriormente, creo que no habría problema para entender aplicable la Ley a estos contratos asimilables al préstamo.

Pues bien, una vez delimitado el ámbito objetivo de esta Ley, ¿podemos considerar que es ese mismo ámbito (préstamos hipotecarios en sentido amplio) en el que se está pensando para la novación por cambio del tipo de interés prevista en el artículo 9 LSMPH? Creo, sinceramente y sin lugar a dudas, que sí. Y esto por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque la modificación del tipo de interés prevista en el artículo 9 LSMPH, ha de extenderse al propio ámbito determinado en el artículo 1, y aunque en éste sólo se hable de subrogación, no hay que olvidar que establece el ámbito general de la Ley, y es la propia Ley la que recoge la novación.

b) En segundo lugar, si lo contempla para lo más y más complicado que es la subrogación, tanto más lo será para la novación. En efecto, la subrogación será el procedimiento a seguir cuando no se produzca la novación, es decir, si el acreedor hipotecario no conviene en modificar el tipo de interés, y sólo entonces se le otorga al deudor la facultad de subrogar a otra entidad crediticia en el préstamo, precisamente, porque la nueva sí acepta mejorar las condiciones del tipo de interés. Luego, se ha de pensar en la misma figura contractual, pues la subrogación es «subsidiaria» de la modificación.

c) En la propia Exposición de Motivos de la Ley se contempla esta idea. En concreto, en el último párrafo se afirma que se ha decidido beneficiar al deudor, bonificando costes (de aranceles y fiscales), en la novación modificativa de los préstamos hipotecarios de la misma manera que en la subrogación. Por tanto, se entiende que en los mismos y exactos supuestos de los préstamos hipotecarios (8).

confluyen en la práctica en situaciones similares... Y junto a ellas está la modalidad de apertura de crédito en que se condiciona la disponibilidad no sólo para ciertos fines y en porcentajes determinados sobre el total crédito concedido, sino que se fija un plazo, transcurrido el cual desaparece aquélla, concretándose el importe debido en las sumas de que se haya dispuesto hasta entonces que se ha de devolver a partir de ese momento siguiendo el régimen de amortización periódico y con devengo de intereses en términos coincidentes con los préstamos sujetos a amortización por cuotas. La proximidad de ambas figuras es evidente en cuanto participan de la misma causa comercial y sus efectos, una vez que se ha recibido el préstamo o ha dispuesto del crédito, son perfectamente asimilables. Si en un momento inicial, en tanto la entrega no ha tenido lugar o está abierta la disponibilidad, existe una relación jurídica compleja, una vez culminada aquélla o se cierra la facultad de disponer o se transforma en una relación idéntica a la del préstamo ordinario, con un acreedor exento ya de obligaciones que a partir de entonces recaen sobre el deudor. Y si la relación jurídica entre las partes sufre esa transformación, necesariamente ha de repercutir en la hipoteca que garantiza el crédito, que de ser una hipoteca de seguridad en garantía de una obligación futura o condicional y hasta un máximo de responsabilidad, pasará a ser una hipoteca ordinaria o de tráfico en garantía de una obligación ya existente y de cuantía determinada. Llegado ese momento... ha de llevar a la conclusión de que cabe su aplicación (de la Ley 2/1994) a esas situaciones que han devenido perfectamente equiparables a un préstamo hipotecario».

(8) Exposición de Motivos de la LSMPH, último párrafo relativo a la novación modificativa prevista en el artículo 9: «Por último, se ha considerado beneficioso, tanto para los acreedores como para los deudores, bonificar los mismos costes, antes dichos,

d) Por el contrario, sería absurdo, entonces, e iría contra el espíritu de la Ley, que la subrogación sólo pudiera hacerse con respecto a préstamos, y el cambio del tipo de interés a otra figura distinta.

e) Por último, la doctrina así lo confirma, y es casi unánime al considerar el mismo ámbito de aplicación para la subrogación que para la novación modificativa (9).

En resumen, la novación prevista en la Ley 2/1994, que lleva aparejados beneficios fiscales y arancelarios, sólo podrá hacerse con respecto a préstamos hipotecarios (en el sentido amplio que establece la DGRN).

¿Puede entenderse entonces el crédito en cuenta corriente, de esta Resolución, como préstamo en sentido amplio? Ambas figuras, préstamo y crédito en cuenta corriente son bien dispares, y así lo ha manifestado la doctrina y jurisprudencia en distintas ocasiones (10). Sus mayores diferencias estriban en el carácter unilateral y real del primero y el bilateral y consensual del segundo; de donde en el segundo no puede convertirse en esa única obligación unidireccional de devolver una cantidad exacta y conocida en que consiste el préstamo, pues en la cuenta corriente de crédito existen obligaciones para ambas partes (acreditante y acreditado), y es imposible de conocer o reconducir hasta el momento de cierre de la cuenta corriente de crédito, la cantidad que se ha de devolver, o ingresar, pues las posiciones acreedoras deudoras pueden variar, y por eso sólo se establece un *maximun* de responsabilidad hipotecaria. En este caso, y según el Registrador, en la escritura que se presenta parece que sólo se concreta el máximo y no el *quantum*, como debería corresponder en un préstamo. Siguiendo esta tesis, en este caso no podríamos hablar de una figura asimilable al préstamo, y por lo tanto no podría producirse la novación modificativa por tipo de interés prevista en la Ley 2/1994, y el deudor no se beneficiaría de las ventajas fiscales y arancelarias previstas en ella, lo cual no implica, como veremos luego, que la novación pueda hacerse por los trámites establecidos en el Código Civil.

en el caso de la novación modificativa del préstamo hipotecario entre acreedor y deudor; operación que resultará muy beneficiosa para el deudor por ser la que soporta menos gastos y muy estimulante para el acreedor al darle ocasión de no perder su propio cliente».

(9) En este sentido, se manifiestan ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 563: al hablar de los requisitos necesarios para que se produzca la novación modificativa prevista en el artículo 9 LSMPH, afirma, que uno de ellos es el común acuerdo entre el deudor y la entidad financiera que implique «una renegociación del préstamo hipotecario, entendido éste en el sentido estricto antes expuesto en la subrogación»; LÓPEZ LIZ, J., «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», *ob. cit.*, pág. 207: «para gozar de los beneficios fiscales establecidos en el artículo 9, es necesario también que se trate de un préstamo en sentido estricto y que el acreedor sea una de las entidades de crédito antes mencionadas en referencia a la subrogación»; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «Breve análisis de la Ley 2/1994...», *ob. cit.*, pág. 1203: el ámbito de actuación en materia de novación son los préstamos hipotecarios, remitiéndose a lo que dice sobre éstos con respecto a la subrogación (aunque para este autor el ámbito objetivo de la Ley va más allá del estricto préstamo hipotecario).

(10) Véase, entre otras, la STS de 27 de junio de 1989, que resume muy bien las diferencias entre ambos contratos.

Sin embargo, el recurrente mantiene que sí podríamos estar ante una figura asimilable al préstamo, pues en la escritura se fija un plazo de tres años, pasado el cual desaparece la disponibilidad propia del crédito y se concreta y determina el importe que se ha de devolver (correspondiente a la suma de las cantidades dispuestas hasta ese momento), y a partir de entonces se va a seguir un régimen de amortización periódico y con devengo de intereses igual que en un préstamo. Ciertamente, en esta segunda fase, transcurridos los tres años, ese «contrato» tiene realmente una causa negocial muy similar al préstamo, y, desde mi punto de vista, es muy parecido al supuesto de la RDGRN de 18 de junio de 2001 (11), en el que al igual que en ésta, a partir de un determinado momento (una subrogación) se fijó el importe que se debía devolver y desapareció la posibilidad de cualquier nueva disposición, con la obligación de reintegrar aquella cantidad en un plazo determinado y mediante el pago de cantidades crecientes como ocurre en cualquier préstamo (12).

Pues bien, creo que tal y como se han planteado las cosas, pasados los tres primeros años, nos podemos encontrar con una figura muy parecida al préstamo, y por tanto dentro de ese concepto amplio de préstamo hipotecario que hemos explicado, y, en consecuencia, podría estar dentro del ámbito objetivo de la Ley 2/1994. Sin embargo, y a diferencia del supuesto de la RDGRN, de 18 de junio de 2001, según se deduce de las palabras del Registrador, ese «cambio», ese cierre y liquidación con determinación del saldo exacto de la cuenta corriente, no se recoge expresamente en la escritura, y por tanto, no se hace constar en el Registro. Luego, es lógico que el Registrador considere que si en la escritura sólo se hace referencia a la cuenta corriente de crédito, y no se refleja expresamente el nuevo importe de la suma debida por razón del crédito (13) (que lo asimilaría al préstamo), a devolver en tiempo determinado y sin posibilidad de disposición, entonces, repito, es lógico que el Registrador, siguiendo una interpretación restrictiva de la Ley 2/1994 (que es la predominante por ser un supuesto excepcional), no pueda aplicar los benefi-

(11) En esta Resolución, y en palabras de la DGRN en su Fundamento 5.º, lo que ocurrió fue que, «en consecuencia, a partir de la fecha de esa subrogación que tuvo el oportuno reflejo registral en la inscripción de la compraventa, quedó fijado el importe de la suma debida por razón del crédito en la citada cantidad, desapareciendo la posibilidad de cualquier nueva disposición, y con la obligación de reintegrar aquella en doscientos dieciséis meses mediante el pago de cantidades sucesivamente crecientes, tal y como ocurre en cualquier préstamo ordinario sujeto a amortización a través de cuotas periódicas y con pago también periódico de los intereses devengados. Se produjo por tanto, y lo refleja el Registro, una conversión de lo que era en su momento un crédito en cuenta corriente, con obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en una situación de endeudamiento unilateral por una de las partes a favor de la otra en razón de unas cantidades entregadas en su día en concepto de préstamo, sujeta a un determinado y largo período de amortización, con devengo, entre tanto, de los intereses pactados».

(12) Y a diferencia de la RDGRN, de 17 de julio de 2001, a la que me he referido con anterioridad, pues en aquella en ningún momento se produce la novación o refundición de las posibles obligaciones en una sola determinada y concreta, cuyo importe se haya de devolver (como pasa en los casos de las otras dos Resoluciones), ya que la simple reunión contable de todas esas obligaciones no las transforma en una única relación jurídica.

(13) Pues en la escritura sólo se habla del «saldo que exista al llegar ese plazo», por lo tanto, no está determinado en este momento, y por lo tanto sólo puede garantizarse a través de una hipoteca de máximo.

cios en ella contenidos a esta novación en el crédito hipotecario, pues sale del ámbito previsto: préstamos hipotecarios. Creo que este es el fondo del asunto, es decir, si lo que aparece reflejado en la escritura es o no un contrato de cuenta corriente puro, o es una figura asimilable al préstamo, y a raíz de eso, hablar del ámbito objetivo de la Ley.

Sin embargo, y siempre desde mi punto de vista, la DGRN no entra en el fondo del asunto. Es decir, no resuelve sobre la naturaleza jurídica de la figura que se presenta a inscripción, y se despacha con un, a mi modo de ver, ambiguo resultado. Pues viene a decir que da igual la modalidad y naturaleza de esa cuenta corriente de crédito, y da igual si se le pueden aplicar los beneficios previstos en la Ley 2/1994, ahí no entran; sin embargo, la novación modificativa por cambio de tipo de interés que se plantea, sí puede inscribirse en el Registro, siempre que se sigan los requisitos establecidos en los artículos 1.203.1 del Código Civil, 144 LH y 240 RH, aunque no sepamos si puede beneficiarse o no de las ventajas establecidas en la LSPH, que, seguro, es lo que pretendía el deudor. Y esto es lo que más me ha sorprendido de esta Resolución, pues en la nota de calificación y posterior recurso, lo que se discute es precisamente cómo calificamos el contenido de esa escritura, y si, en coherencia con la respuesta que hayamos dado a esta primera cuestión, es aplicable o no la Ley 2/1994. Por lo tanto, se vuelve a discutir el ámbito objetivo de esta Ley, y no si puede practicarse la novación solicitada, pues para este viaje, y permítanme utilizar el refranero popular, no hacían falta estas alforjas. Creo que la DGRN ha perdido una oportunidad valiosa de ratificar, o no, la doctrina que empezó a abrir camino con la RDGRN de 18 de junio de 2001, en cuanto a la amplitud del ámbito objetivo de la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, pues creo que este era un supuesto cuanto menos dudoso para ser calificado como cuenta corriente o préstamo en sentido amplio.

Lo que no ofrece, desde luego, ninguna duda es que la novación prevista puede inscribirse siguiendo los cauces adecuados y contemplados en la legislación civil, aunque no se beneficie de los beneficios previstos en la Ley 2/1994.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. INTERESES VARIABLES. LIMITE DEL ARTICULO 114 LH.—AUNQUE NO SE ESTABLEZCA UN TIPO MAXIMO, ES ADMISIBLE LA FIJACION DE LA CANTIDAD MAXIMA QUE SE PUEDE ALCANZAR EN CONCEPTO DE INTERESES. EN CUANTO AL TOPE FIJADO POR EL ARTICULO 114 LH, NO SIGNIFICA OTRA COSA SINO QUE UNAS MISMAS CANTIDADES NO PUEDEN DEVENGAR SIMULTANEAMENTE INTERESES ORDINARIOS Y DE DEMORA; RESPETANDO ESTA EXIGENCIA, NINGUNA DIFICULTAD HAY PARA PODER RECLAMAR TODOS LOS INTERESES DEVENGADOS POR LAS RESPECTIVAS DEFINICIONES DE SU GARANTIA HIPOTECARIA DENTRO DE LOS MAXIMOS LEGALES. (RESOLUCIÓN DE 13 DE MARZO DE 2002. BOE DE 30 DE MAYO DE 2002.)

RESOLUCION de 13 de marzo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por Caja de Ahorros de Asturias, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Móstoles, número 4, don Francisco Fernández Arévalo y Delgado, a inscribir una escritura de

préstamo con garantía hipotecaria en virtud de apelación del señor Registrador y del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Luis Iván López Gómez, en nombre de Caja de Ahorros de Asturias, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Móstoles, número 4, don Francisco Fernández Arévalo y Delgado, a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud de apelación del señor Registrador y del recurrente.

Hechos.—I. El 18 de octubre de 1998, mediante escritura autorizada por el Notario de Móstoles, don José Enrique Gómez Salcedo, la Caja de Ahorros de Asturias concedió a don Daniel S. G. y doña Beatriz M. B., un préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 15.000.000 de pesetas. En la citada escritura se establece en las cláusulas sexta y novena, lo siguiente: Sexta. Intereses moratorios. Las cantidades vencidas y no satisfechas a sus respectivos vencimientos, devengarán día a día, y por ende, con base en el año natural, el interés vigente en cada momento incrementado en ocho puntos, que será liquidado en el momento de su pago. Novena. Garantía hipotecaria. En garantía del principal del préstamo de sus intereses ordinarios de dos años, al tipo inicialmente convenido, éstos, por un millón doscientas setenta y cinco mil pesetas, de sus intereses moratorios de dos años al tipo inicialmente convenido más ocho puntos, esto es, por tres millones seiscientas setenta y cinco mil pesetas, de tres millones de pesetas para costas y gastos, y de una cantidad máxima de quinientas mil pesetas para responder de primas de seguro, contribuciones, tasas, arbitrios e impuestos satisfechos en razón de las fincas hipotecadas y gastos de comunidad, sin perjuicio de su responsabilidad patrimonial universal, la parte prestataria constituye hipoteca sobre la finca que a continuación se describe, conforme a los artículos 216 y 217 del Reglamento Hipotecario.

II. Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Móstoles, fue calificada con la siguiente nota: «Prevía calificación del precedente documento, presentado por fax el 17 de octubre de 1998, consolidado el 23 de igual mes, hoy caducado y presentado nuevamente el 7 de enero del presente año, retirado con fecha 8 de enero y devuelto posteriormente el 13 de enero de 1999. Se suspende su inscripción por adolecer de los siguientes defectos: 1. Sexta. Intereses moratorios. A efectos hipotecarios, no todas las cantidades vencidas y no satisfechas devengan intereses de demora, sino exclusivamente las partidas de capital. Principio de especialidad, artículo 12 de la Ley Hipotecaria, y límite cuantitativo de intereses, artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Por eso, para su inscripción habrá que especificar las cantidades “por capital”. 2. Octava (Vencimiento anticipado): Párrafo primero: “accesorios”: y de la letra c) incumplimiento “de cualquiera de las obligaciones que por este contrato asume” y “contribuciones” además de por obligacional, por su indeterminación, artículo 12 de la Ley Hipotecaria, letra f) no inscripción, por ir contra el principio de calificación, y por el artículo 1.256 del Código Civil. Además, en todos los supuestos, en cuanto le sea de aplicación, doctrina emanada del Fundamento de Derecho quinto de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 y 26 de octubre de 1987. 3. Novena (Hipoteca). La responsabilidad garantizada por intereses adolece de los siguientes defectos: a) Tratándose de una hipoteca a interés variable o de seguridad, la garantía por intereses debe ser por una cantidad

máxima o a un tope máximo de tipo de interés y no por una cantidad fija a tipo fijo. Principio de accesoriedad de la hipoteca al préstamo u obligación garantizada. *b)* La suma de las cantidades garantizadas por intereses, ordinario y moratorios, excede del límite permitido por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que es el correspondiente a cinco años de los intereses devengados por el préstamo, que no puede ser otros que los ordinarios. 4. Undécima. Letra *b)*, certificación de saldo, no cumple los requisitos del artículo 142 ni los cuatro últimos párrafos del 153 de la Ley Hipotecaria y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 16 de febrero de 1990. 5. Misma cláusula. De la letra *c)* (administración interina), "así como para cobrar" hasta el final, artículo 131 de la Ley Hipotecaria y artículo 1.530 en relación con 1.521 y 1.522 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A solicitud del presentante, se extiende la presente nota, y con exclusión de los pactos que carecen de la trascendencia real, artículo 1 de la Ley Hipotecaria y 9 y 51 de su Reglamento, se ha tomado asimismo anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables del derecho de hipoteca a favor de la entidad acreedora por plazo de sesenta días desde esta fecha, al tomo 1.386, libro 175, folio 161, finca 15.979, anotación letra A. Derechos o notas que se han cancelado: Ninguno/a. Este asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos los efectos derivados de la publicidad registral, conforme a los artículos 1, 17, 32, 34, 41 y 97 de la Ley Hipotecaria. Se advierte que el contrato queda sujeto a la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación. Contra la anterior calificación podrá recurrirse gubernativamente conforme al artículo 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario, en el plazo de tres meses desde hoy, sin perjuicio de poder acudir a los tribunales de justicia para contender y ventilar entre los interesados acerca de su validez o nulidad conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Móstoles, 22 de febrero de 1999. El Registrador». Firma ilegible.

III. Don Luis Iván López Gómez en representación de la Caja de Ahorros de Asturias, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que con relación a los intereses moratorios, según la calificación del Registrador, se infringe el artículo 144 y concordantes de la Ley Hipotecaria. Que en la cláusula sexta de la escritura se pactan intereses moratorios para el caso que el incumplimiento del deudor origine unas «cantidades vencidas y no satisfechas», cláusula que ha de entenderse lícita y establecida en beneficio de ambas partes. En consecuencia, la disposición estudiada establece una prestación accesoria de la principal que sólo tendrá efectividad cuando se cumpla ésta. Que no se puede confundir «prestación accesoria» con «obligación accesoria» con finalidad independiente de la de la principal. En este caso la finalidad es la misma en las dos estipulaciones: la devolución del capital más los intereses que constituyen su precio. De ahí que el importe de los intereses moratorios sea asegurable con hipoteca de acuerdo con la ley, ya que la finalidad es reforzar el cumplimiento de la obligación principal. Que en su cláusula novena se determina de manera exacta la responsabilidad por intereses moratorios, cumpliéndose escrupulosamente el principio de especialidad (art. 12 de la Ley Hipotecaria), resaltando que el cálculo para su determinación se ha realizado exclusivamente por partidas de capital y no por otros conceptos. Que su inscripción ha de vincularse a la inscripción de la garantía hipotecaria, por lo que hay que referirse a la cláusula novena, en la que el señor Registrador ve dos defectos: *a)* respecto al primero de ellos hay que preguntarse si se debe entender que el establecimiento de cantidades concretas que

para cada uno de los conceptos se garantizan con la hipoteca constituida no representa una cantidad fija. Que la escritura cuya inscripción se suspende cumple exactamente con el requisito del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, por lo que se determina de manera exacta la responsabilidad real que interesa en general a cuantos terceros se apoyen en el Registro. En el mismo sentido se citan las Resoluciones de 16 y 17 de diciembre de 1996; *b)* Que en cuanto al segundo de los defectos, además de hacer referencia a las Resoluciones antes mencionadas, hay que recordar también que en las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, la Dirección General distingue entre intereses remuneratorios y moratorios, delimitando sus efectos; que ambos intereses son garantizables por la hipoteca, pero precisados separadamente sin permitirse englobar la cifra garantizada por cada uno de ellos, ni hacerlo de los moratorios con la cifra de costas y gastos. En ambos casos, reafirma la Dirección General, regirá el límite señalado en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Dicho artículo establece efectivamente un límite temporal, pero lo que no contempla ni recogen las Resoluciones es que la responsabilidad total asegurada por la hipoteca en concepto de intereses remuneratorios y moratorios haya de ser calculada al tipo pactado para los primeros. Que en el presente recurso lo que se pretende inscribir son los intereses ordinarios de dos años al tipo inicial pactado e intereses moratorios de otros dos años; es decir, responsabilidades distintas que no superan el límite temporal señalado en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Que de la mera lectura de dicho artículo comprueba que el máximo legal no es necesariamente el cálculo conforme a los intereses «al tipo previsto para los ordinarios». Que en el supuesto de este recurso, el préstamo constituye hipoteca en garantía de los intereses moratorios de dos años al tipo convenido por una cantidad total de 3.675.000 pesetas, lo que es conforme a la doctrina de las Resoluciones de 23 de febrero, 8, 11, 12 y 13 de marzo y 1 y 2 de abril de 1996. Que, por tanto, habiéndose fijado en la escritura la responsabilidad asegurada por intereses ordinarios y moratorios conforme a los tipos pactados para cada uno de ellos y con respecto al límite temporal conjunto de cinco años, procede la inscripción de la cantidad pactada de 3.675.000 pesetas en garantía de los intereses moratorios.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1. Que los defectos que se cuestionan por el recurrente son los números 1 y 3 de la nota que, a su vez, contiene dos defectos, el de las letras *a)* y *b)*, siendo tres los defectos impugnados, los cuales se examinan por separado. 2. Defecto número 1. Cláusula Sexta (intereses moratorios). No se mantiene la nota en este extremo. 3. Defecto número 3. Cláusula Novena (hipoteca), letra *a)*. Que este defecto viene corroborado indirectamente por la propia escritura y misma cláusula, por cuanto se refiere a la garantía por costas establece «y de una cantidad máxima de», pues al ser las costas indeterminadas inicialmente, sobre las mismas su garantía también será de máximo, y si en este punto la escritura está bien redactada, no se entiende cómo siendo el fundamento el mismo, no se redactó igual la garantía por intereses. La expresión de cantidad máxima puede hacerse también indirectamente por remisión a las estipulaciones que regulan los intereses y en las que se establezca un tope máximo, lo que no ocurre en el presente caso. Que las Resoluciones 16 y 17 de diciembre de 1996, invocadas por el recurrente, confirman la nota, ya que el supuesto de hecho contemplado es inverso al presente. Que la exigencia de tipo máximo en las hipotecas en garantía de intereses variables viene impuesta por otras muchas Resoluciones como las de 9 y 10 de octubre de 1997, siendo más claras y

terminantes las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987. 4. Defecto 3, letra b). Que la nota debe ser entendida sólo en cuanto al límite de la cuantía de los intereses moratorios que pueda ser garantizada. Así hay que distinguir: A) ¿A qué intereses se refieren los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario? Los únicos intereses devengados por un crédito son los ordinarios (remuneratorios), mientras que los moratorios se devengan por un acto posterior. El contrato que regula el crédito sólo hace prever el supuesto de incumplimiento y sus consecuencias que pueden penalizarse de forma diferente. Esta distinción viene manifestada en las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987. Es claro que a los únicos intereses a los que se refiere el artículo 114 de la Ley Hipotecaria son los ordinarios. Será el tipo fijado por dichos intereses ordinarios, en este caso el 4,252 por el capital, 15.000.000 de pesetas = 637.500 pesetas y multiplicado por cinco años = 3.187.500 pesetas, que es la cifra máxima de responsabilidad permitida por el precepto, habiéndose garantizado por el contrario la cantidad de 4.950.000 pesetas que excede claramente de la permitida por dicho artículo. Que siendo claro que los intereses del artículo 114 son los ordinarios, es evidente que la garantía de los moratorios es una hipoteca por deuda futura (art. 142 de la Ley Hipotecaria), de máximo, que deberá cumplir los requisitos de dichas especiales hipotecas (Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987). Que el artículo 220 del Reglamento Hipotecario corrobora lo regulado en la ley. B) Fundamento de la licitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Que se pretende que en caso de ejecución hipotecaria, dado el sistema especial de subsistencia de las cargas y derechos anteriores y preferentes y la purga o cancelación de las posteriores y no preferentes (art. 131.8.ª y 17.ª de la Ley Hipotecaria y 233 del Reglamento Hipotecario y arts. 1.512 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), quede un sobrante del precio de remate o adjudicación después de deducido el principal, intereses y costas garantizadas por la hipoteca y no haga ilusorio el derecho de dichos titulares de asientos que deben ser cancelados sobre el sobrante, lo que ocurriría si se permitiese la garantía indefinida por intereses, de ahí el tope de los cinco años. Es dicha protección de terceros la que favorece el tráfico inmobiliario, a través del crédito territorial y, en definitiva, contribuye a la normalización de la propiedad y al progreso económico colectivo. Que posiblemente dichas consideraciones fueron el fundamento de las citadas Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y expresamente está recogida en la Resolución de 22 de julio de 1996.

V. El Notario autorizante de la escritura informó: 1.º La no expresión por la que la cobertura hipotecaria de los intereses es una cobertura de máximo es irrelevante porque necesariamente ha de serlo y no puede ser motivo para suspender la inscripción. 2.º Es lícita la fijación de la cobertura hipotecaria de los intereses mediante el señalamiento de una cifra absoluta, sin referencia a tipos ni plazos. Es, por tanto, indiferente, el sistema por el que se ha llegado a esa cifra, lo cual carece de trascendencia registral, en rigor hubiera sido mejor no hacerlo constar, y no es objeto de calificación. 3.º En un préstamo a treinta años, con interés variable, en el que se pacta un tipo fijo para el primer año, no es admisible que se utilice el tipo pactado para el primer año como tope máximo para los intereses a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pues es evidente que los intereses pueden sobrepasar ese tope y en ningún caso se le ha asignado tal función. Por ello, el segundo defecto observado, que aparte de esa equiparación entre intereses fijo pactado para el primer año y tipo máximo de interés, tampoco puede ser mantenido. 4.º No

se ha planteado la cuestión de si fuese inscribible, a la vista del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, una hipoteca en garantía de un préstamo a interés variable en la que se hubiera señalado una cifra absoluta como cobertura máxima de los intereses asegurados sin determinar tipo máximo de interés, pero la contestación habría de ser afirmativa. En suma, se considera que la cláusula debatida puede y debe inscribirse tal y como está redactada.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la nota del Registrador referente al defecto tercero, letra *a*), puesto que todo tope o limitación que se imponga a una garantía de cualquier naturaleza y cualquiera que sea su finalidad funciona como máximo, y no haberse expresado en la escritura qué cifra consignada como garantía por intereses, lo era como cantidad máxima, no altera el rigor de la responsabilidad ni puede por ello estimarse como defecto que impida la inscripción. En cuanto al defecto señalado bajo el apartado *b*) del número 3 de la calificación confirmó la nota del Registrador, fundándose en el informe del mismo.

VII. El Registrador apeló el auto presidencial en lo referente al defecto 3.º, letra *a*), manteniéndose en sus alegaciones.

VIII. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, en lo referente al defecto 3.º, letra *b*).

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.255, 1.281 a 1.285 del Código Civil; 12 y 114 de la Ley Hipotecaria; 7, 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1996, 18 de diciembre de 1999, 14 y 17 de marzo, 15 y 17 de abril y 17 y 18 de mayo de 2000, y 18, 19, 25 de octubre de 2001, entre otras.

1. Los dos únicos defectos objeto de apelación ante este Centro Directivo dimanaban de una determinada estipulación de una escritura de préstamo hipotecario por importe de quince millones de pesetas. En dicha escritura se pacta que el préstamo devengará un interés nominal inicial a tipo fijo (4,25 por 100) durante el primer año y se crean períodos de interés a tipo variable con sus correspondientes índices de referencia para el resto de la duración del préstamo (Mibor más 0,70 y tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorro). La constitución de la garantía, objeto de la estipulación recurrida, dice así: «En garantía del principal del préstamo, de sus intereses ordinarios de dos años al tipo inicialmente convenido, esto es, por 1.275.500 pesetas, de sus intereses moratorios de dos años al tipo inicialmente convenido más ocho puntos, esto es, 3.675.000 pesetas y de 3.000.000 de pesetas para costas y gastos... constituyen hipoteca sobre la finca...» El Registrador deniega su inscripción por dos motivos: *a*) Porque tratándose de una hipoteca a interés variable o de seguridad, la garantía por intereses debe ser por una cantidad máxima o a un tope máximo de tipo de interés y no por una cantidad fija a tipo fijo, y *b*) Porque la suma de las cantidades garantizadas por intereses ordinarios y moratorios excede del límite permitido por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que es el correspondiente a cinco años de los intereses devengados por el préstamo, que no pueden ser otros que los ordinarios.

2. Los dos defectos de la cláusula observados han sido ya objeto de debate ante este Centro. En cuanto al primero de ellos —si el establecer como garantía hipotecaria una cantidad fija para un préstamo a interés variable, ésta opera como máxima— fue ya tratado por Resolución de 16 de julio de 1996. Y como allí se decía es evidente que cuando se prevé la variación del tipo de interés remuneratorio, la tasa de interés que se estipula o fija en la cláusula de

constitución de su garantía hipotecaria sólo tiene sentido entendida como tope que, en el plano hipotecario (esto es, en la definición del derecho real que se constituye) tendrá el juego de la variabilidad del tipo de interés pactado (piénsese en la hipótesis en la que durante toda la vigencia del préstamo el tipo de interés aplicable fuera inferior al 4,25 por 100). En este caso ciertamente no se precisa que el 4,25 por 100 sea el tipo máximo de responsabilidad por intereses remuneratorios, ni que la cantidad máxima por moratorios sea a tal tipo más ocho puntos, pero sin embargo se debe llegar a esta conclusión por consideración de los criterios de interpretación de los contratos que el Código Civil suministra (arts. 1.281 y sigs. y especialmente del 1.282 al 1.285).

3. El segundo de los defectos, exceder los intereses garantizados el plazo máximo de cinco años permitido por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, también ha sido resuelto. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, contenida en las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, entre otras, sobre la computación conjunta de los intereses ordinarios y los de demora, no es argumento para rechazar la inscripción pretendida, pues tal doctrina como precisara la Resolución de 18 de diciembre de 1999, y que han ratificado las de 14 y 17 de marzo de 2000 y 8 de marzo de 2001 y otras, no pretende afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, más, respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria, dentro de los máximos legales, aún cuando se reclamasen intereses remuneratorios de los cinco últimos años, e intereses moratorios también de los cinco últimos años, si así procediera por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros y por tanto, a ambos puede extenderse las garantías hipotecarias de los límites dichos.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado en cuanto al primero de los defectos y revocarlo en cuanto al segundo.

Madrid, 13 de marzo de 2002.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

El Centro Directivo resuelve sobre dos cuestiones, una vez más, relacionadas con el principio de especialidad con respecto a los intereses de un préstamo hipotecario.

En concreto lo que se somete a discusión son dos aspectos:

a) Si es posible entender como máximo de responsabilidad hipotecaria, propio de las obligaciones de intereses variables, la responsabilidad fijada a través de una cantidad fija, resultado de aplicar al capital un tipo de interés fijo.

b) El problema de exceder el límite establecido en el artículo 114 LH, del plazo de cinco años para los intereses remuneratorios y de demora.

La primera de estas cuestiones es resuelta favorablemente por la DGRN, como ya hizo en anteriores Resoluciones (16 de julio de 1996), y desde mi punto de vista resuelve oportunamente. Si bien es cierto que la obligación de devolver los intereses variables producidos es indeterminada y futura, pues no sabemos a qué cuantía ascenderá, dependiendo de las variaciones y oscilaciones del tipo de referencia establecido (MIBOR, EURIBOR, CECA), necesitando que se garantice a través de un máximo de responsabilidad hipotecaria, dando lugar al nacimiento de una hipoteca de seguridad, en concreto de máximo; igualmente cierto es que dicho máximo de responsabilidad hipotecaria puede establecerse de distintas formas.

En este sentido la DGRN y la doctrina (1) admiten sin problemas que ese máximo de responsabilidad pueda hacerse estableciendo un porcentaje (por ejemplo, se constituye hipoteca en garantía de los intereses a un tipo máximo del 9 por 100), o bien, estableciendo una cifra global (se constituye hipoteca en garantía de 2.000 euros de intereses). Luego, no creo que existan problemas para aceptar el máximo que aquí se ha fijado, pues no es sino una cantidad o cifra global máxima por la que deberá responder la finca de los intereses devengados. Creo que es irrelevante, como dice el Centro Directivo, que esa cantidad (fija y máxima) se obtenga de aplicar un tipo fijo a una cantidad fija (principal), pues no es sino un máximo, pudiendo ocurrir como se mantiene en esta resolución (2) (y ya lo dijo previamente la RDGRN de 16 julio 1996), que la cantidad realmente debida sea, por ejemplo, menor que esa que se establece como máxima.

Es decir, creo igualmente válido establecer una cantidad máxima (los 2.000 euros), que establecer un tipo máximo para todo el período (ejemplo, 9 por 100), que establecer, en definitiva, una cantidad máxima, que aquí será la de 1.275.000 pesetas, aunque ésta sea el resultado de aplicar un tipo fijo ya establecido (4,25 por 100), a un período determinado de dos años. Ya que aquí no se está estableciendo una cantidad fija de responsabilidad, sino entiendo un máximo de la misma, pudiendo ser mucho menor la cantidad que realmente se deba reembolsar, si el tipo de interés variable durante ese período es inferior al 4,25 por 100.

La segunda cuestión que debe abordarse es si el límite que se establece a la responsabilidad hipotecaria de cinco anualidades recogido en el artículo 114 LH debe aplicarse sólo a los intereses remuneratorios, o, por el contrario, también a los moratorios, y en este caso, si debe hacerse conjunta o separadamente respecto a aquellos.

Conviene pararse en este punto y analizar la evolución doctrinal y jurisprudencial en torno a este artículo 114 LH.

(1) Véase, entre otros, AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, CER, Madrid, 1990; ALVAREZ OLALLA, P., *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Ed. Comares, Granada, 1999.

(2) RDGRN de 16 de julio de 1996, y la presente Resolución de 13 de marzo de 2002: «que cuando se prevé la variación del tipo de interés remuneratorio, la tasa de interés que reestipula o fija en la cláusula de constitución de su garantía hipotecaria sólo tiene sentido entendida como tope que, en el plan o hipotecario (esto es, en la definición del derecho real que se constituye) tendrá el juego de la variabilidad del tipo de interés pactado (piénsese en la hipótesis en la que durante toda la vigencia del préstamo el tipo de interés aplicable fuera inferior al establecido)».

Los límites a la responsabilidad hipotecaria por intereses, frente a terceros (cuestión que también me ofrece dudas, pues no entiendo por qué no rige también entre las partes, pero éste sería otro tema), está recogida en el artículo 114 LH que establece que «salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años».

No hay duda de que estos límites rigen y son efectivos con respecto a los intereses remuneratorios u ordinarios, y se han establecido para evitar que cuando la finca hipotecada hubiera pasado a manos de un tercer poseedor, ese tercero, ajeno al crédito garantizado, se vea demasiado perjudicado por este concepto y se eviten préstamos usurarios.

Tradicionalmente, la DGRN ha entendido que el límite establecido en el artículo 114 LH debe aplicarse conjuntamente a la responsabilidad hipotecaria por intereses tanto ordinarios como moratorios. En efecto, a pesar de mantener en repetidas ocasiones la distinta naturaleza de unos y otros, lo cual conduce a rechazar taxativamente que puedan agruparse bajo una misma cifra de responsabilidad hipotecaria (Resolución de 20 de mayo de 1987, 23 y 26 de octubre de 1987, 22 de julio de 1996), reconoce que, de manera excepcional, rige para uno y otro tipo de intereses el límite máximo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 LH, que «a esos solos efectos» pueden computarse conjuntamente.

Por tanto, la DGRN mantiene: *a)* que los intereses moratorios y remuneratorios deben garantizarse separadamente, y no bajo una misma cifra de responsabilidad hipotecaria, debido a su distinta naturaleza; *b)* y que, excepcionalmente, el límite máximo imperativo del artículo 114 LH debe aplicarse al conjunto de los intereses moratorios y remuneratorios. Las razones que justifican esta excepción pueden ser, como recoge GARCÍA DURANGO (3), que esta solución es la más consecuente con nuestro sistema legal basado en el tope de intereses más ampliación de hipoteca, y que de esta manera se pueden evitar posibles fraudes, o la acumulación de intereses ocultos impagados, o manipulaciones y abusos con respecto a los intereses moratorios.

Parte de la doctrina (4) sigue la misma línea de la DGRN, y considera que los intereses de demora deben ser computados conjuntamente con los remuneratorios, a los efectos del límite establecido en el artículo 114 LH. Otros autores (5), por el contrario, rechazan esta postura doctrinal y, basándose en la distinta naturaleza de unos y otros intereses, consideran que el límite del 114 debe aplicarse también a los moratorios, pero de forma autónoma y no conjunta a los remuneratorios.

(3) GARCÍA DURANGO, C., «Comentario a la Resolución de 23 de octubre de 1987», en *RCDI*, 1988, pág. 497.

(4) En este sentido, CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 1431; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 162 y sigs.

(5) AVILA NAVARRO, P., «La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)», *ob. cit.*, pág. 122, y en Comentario a la Resolución de 16 de febrero de 1990.

Esta postura también fue defendida por la Comisión de Registradores, Notarios y Letrados de Entidades de Crédito del año 1989, que afirmaron que el artículo 114 LH no impone, a efectos del cómputo, que deban computarse conjunta y totalmente las

Considero más acertada esta segunda idea. En efecto, los intereses remuneratorios u ordinarios son «los que se producen por el transcurso del tiempo que media entre la obtención de un crédito y su restitución», o más gráficamente, podemos decir que son «el precio del préstamo». Asimismo, las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 añaden que «nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados» y «el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono» (Resolución de 20 de mayo de 1987). Los intereses de demora, sin embargo, se devengan desde el momento del incumplimiento de la obligación, como sanción a esa falta de cumplimiento, siendo ésta su verdadera naturaleza, admitida, asimismo por las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987; y, como dice YSAS SOLANES (6), su estipulación actúa como una cláusula penal, lo que justifica que su tipo sea superior al de los remuneratorios, pues así la pena sustituirá la indemnización de daños y el abono de los intereses en caso de incumplimiento. Por lo tanto, no existen a la constitución de hipoteca, sólo nacen si se incumple la obligación y, en consecuencia, su existencia y cuantía resultan indeterminadas. Por eso, su distinta naturaleza da lugar a que uno y otro tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria, ya que estarán garantizados por hipotecas muy diferentes: ordinaria o de tráfico para los remuneratorios (la obligación ya ha nacido y está determinada), e hipoteca de seguridad con fijación de un tipo máximo para los remuneratorios (pues se desconoce si la obligación llegará a nacer y la cuantía). Luego, por el mismo principio de especialidad no puede entenderse incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora y a los ordinarios conjuntamente. Pero, además, creo que por estas mismas razones tampoco puede aplicarse globalmente el límite que establece el artículo 114 LH al conjunto de ambos intereses, ya que esto no sería congruente con naturaleza y regímenes tan distintos. Ya que si por su distinta naturaleza deben garantizarse de forma separada y deben estar perfectamente diferenciadas las responsabilidades hipotecarias correspondientes, no se entiende que luego hayan de computarse conjuntamente a los efectos del límite del artículo 114 LH.

El límite que establece el artículo 114 LH se aplica propiamente a los intereses ordinarios. No obstante, y por analogía, debe aplicarse, también, a los moratorios, si bien ha de hacerse de forma autónoma para cada uno de ellos, y no pueden ser computados conjuntamente, ni para «esos solos efectos».

Esta tesis es la que mantiene la DGRN en esta Resolución, confirmando, una vez más, la nueva línea doctrinal abierta desde la Resolución de 18 de diciembre de 1999, donde se cambió, afortunadamente, el criterio mantenido hasta entonces; precisamente, proclive a la aplicación conjunta del límite del 114 LH a ambos tipos de intereses. A esta primera resolución le han seguido muchas otras, entre las cuales se pueden citar la RRDGRN de 17 de marzo, 15 y 17 de

responsabilidades por intereses remuneratorios y moratorios. Y aunque se muestren más partidarios de la tesis de la DGRN, también ponen de relieve que el computar conjuntamente los intereses moratorios y ordinarios, a los efectos del 114 LH no resulta congruente con la distinta naturaleza de un tipo y otro de intereses: GARCÍA DURANGO, C., «Comentario a la Resolución de 23 de octubre de 1987», *ob. cit.*, págs. 497 y sigs., y ROCA SASTRE, R. M., «Derecho Hipotecario», tomo VIII, *ob. cit.*, pág. 166 y sigs.

(6) YSAS SOLANES, M., «Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo», *DN*, 1993, núm. 34/35, pág. 3.

abril, y 20 de noviembre de 2000; 18, 19 y 25 de octubre de 2001; 29 y 30 de noviembre de 2002, por lo que podemos considerar que se ha puesto fin a las dudas en torno a esta materia, aunque, no obstante, nos seguimos sorprendiendo al encontrar calificaciones negativas por parte de los Registradores.

MARÍA GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA

VENTA CON CONDICION RESOLUTORIA. INEXISTENCIA DE PACTO COMISORIO. DISTRIBUCION DEL PRECIO.—SE VENDEN OCHO PARCELAS CON EL PACTO DE QUE LA SOCIEDAD VENDEDORA PODRA RECUPERARLAS EN EL PLAZO QUE SE FIJE, MEDIANTE EL REEMBOLSO DEL PRECIO Y LOS GASTOS NECESARIOS Y UTILES. LA DIRECCION GENERAL CONSIDERA QUE NO SE TRATA DEL PROHIBIDO PACTO COMISORIO PORQUE NO HAY DATOS QUE PUEDAN REVELARLO, NI DEBE PRESUMIRSE EL HECHO APLICANDO EXTENSIVAMENTE LA NORMA PROHIBITIVA. TAMPOCO SE PRECISA LA DISTRIBUCION DEL PRECIO DE CADA PARCELA, PUES NO SE EXPRESA SI EL RETRACTO SE PUEDE EJERCITAR EN GLOBO O POR PARTES. (RESOLUCIÓN DE 19 DE FEBRERO DE 2002. BOE DE 17 DE ABRIL DE 2002.)

RESOLUCION de 19 de febrero de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Talavera de la Reina número 1, doña María del Carmen de la Rocha Celada, a inscribir la escritura de segregación y compraventa en virtud de apelación de la señora Registradora.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Talavera de la Reina número 1, doña M.^a del Carmen de la Rocha Celada, a inscribir la escritura de segregación y compraventa en virtud de apelación de la señora Registradora.

Hechos.—I. El 29 de septiembre de 1998, ante el Notario de Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, P. S. L. otorgó escritura de segregación y compraventa de ocho fincas rústicas radicadas en el paraje «Las Córdoba», de Talavera de la Reina, a favor de «M. L. G. y C.» por el precio conjunto de quince millones de pesetas, estableciéndose, entre otras, las siguientes estipulaciones: «Sexta. La parte compradora asume la obligación de vallar el perímetro de las fincas adquiridas con valla metálica, cuyo coste de obra se determinará con factura detallada de la empresa instaladora, especializada en este tipo de obras, de la zona. Séptima. Pacto de Retro. Pactan expresamente las partes que la parte vendedora podrá recuperar las parcelas vendidas, reembolsando a la compradora el precio de la venta y los gastos necesarios útiles hechos en las parcelas vendidas. El plazo máximo para que la vendedora pueda ejercitar este derecho será el de un año contado a partir del día de hoy, debiendo notificar el ejercicio de su derecho, por lo menos quince días antes del vencimiento, de forma fehaciente. Asimismo satisfará la vendedora, caso de ejercer su derecho de recompra, el importe del vallado más los intereses legales del mismo y del precio recibido. Y por diligencia: «El mismo día de la escritura precedente, los

comparecientes, según intervienen, manifiestan: 1. Que para el caso de que la sociedad vendedora ejercitase su derecho de recompra y procediera a la venta de las parcelas a un tercero, la parte compradora tendrá un derecho preferente a la compra de las mismas, para lo que la Sociedad vendedora le notificará de forma fehaciente, lo siguiente: Nombre del comprador. Precio de la transmisión y plazo para ejercer el derecho preferente. El plazo de vigencia de este derecho no podrá ser superior a cuatro años. Los comparecientes, según intervienen, consienten y solicitan del señor Registrador de la Propiedad la constatación tabular de la presente».

II. Presentada copia autorizada de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina número 1, fue calificada con la siguiente nota: «Prevía calificación de la Registradora que suscribe, deniega la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos: En cuanto al pacto de retro de la estipulación séptima, porque el comprador más que adquirir un verdadero dominio temporal y resoluble sobre las fincas, parece procurarse una garantía sobre ellas, vulnerando la prohibición del pacto comisorio establecido en nuestro Ordenamiento Jurídico. 1.º Porque se añade al precio de la venta y a los gastos necesarios, otro importe más —el del vallado—, que puede encubrir pago de intereses, independientes de los intereses legales. 2.º Porque la recuperación futura del dominio por parte del vendedor, en el caso de que pudiera recuperar las fincas, no es plena, sino que está condicionada por el derecho preferente que por diligencia se establece para el caso de que el retrayente vendiera las fincas dentro del plazo de cuatro años. 3.º Porque existe una desigualdad visible entre los derechos y obligaciones de los contratantes. Por lo que se refiere a la estipulación sexta por ser de carácter obligatorio. Por no estar distribuido el precio entre las fincas exigido por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Por no estar actualizada la licencia de segregación al tener fecha de 22 de marzo de 1994 y ser la escritura de fecha 29 de septiembre de 1998, existiendo un Plan General de Urbanismo aprobado entre ambas fechas. Y siendo el primero de los defectos señalados en cuanto al pacto de retro insubsanable, se deniega la inscripción. Contra la presente nota podrá interponerse recurso gubernativo dentro del plazo de tres meses a contar de la fecha de la nota por medio de escrito dirigido al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, conforme a lo dispuesto en el artículo 113 y concordantes del Reglamento Hipotecario. Talavera de la Reina, a 1 de julio de 1999. La Registradora. Fdo.: M.ª del Carmen de la Rocha Celada».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, efectuando las siguientes alegaciones: Que no se entiende el porqué de la afirmación, por parte de la Registradora, de que el comprador, mas que adquirir un verdadero dominio temporal y resoluble, parece procurarse una garantía sobre las fincas vulnerando la prohibición del pacto comisorio. El que se añada, para el caso de que el vendedor ejercite su derecho de recompra, la obligación, por parte de éste, de abonar el vallado de la finca que se compromete a realizar el comprador, no es más que la determinación de uno de los gastos útiles a que hace referencia el artículo 1.518.2 del Código Civil, y ello para evitar posibles interpretaciones de cuáles gastos son útiles y cuáles no, por lo que derivar de ello un pacto comisorio que puede incluir pago de intereses es otorgar al apartado del mencionado artículo del Código Civil la misma calificación, porque aunque no se estableciera en la escritura dicha obligación, sí lo estaría por dicho precepto. Que lo único que

se pretende es que si el vendedor quiere ejercer su derecho de recompra pueda discutir la consideración de gasto útil a cualquier otro que haya realizado el comprador, pero no el de vallado de la finca, que para el comprador es no sólo útil sino necesario. Que si el vendedor ejercita su derecho recupera plenamente la finca para sí, y únicamente concede un derecho al comprador, para que si, en el plazo de cuatro años decide vender a otro esa finca que le ha retraído, le tenga que dar la posibilidad de volverla a comprar en las mismas condiciones que libremente el retrayente ha pactado con el nuevo comprador. Que no hay en esta estipulación ningún condicionamiento al derecho de recompra que tiene el vendedor. Que lo existe es un doble condicionamiento al derecho preferente de adquisición que por la diligencia se establece a favor del comprador actual, siendo la primera condición que el vendedor ejercite el retracto —al que no pone ninguna limitación—, y la segunda, que venda la finca retraída antes de cuatro años. Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de septiembre de 1966, permite la inscripción de un derecho de preferente adquisición si se prevén todas las circunstancias de su ejercicio y no tiene carácter indefinido. Que en cuanto a la desigualdad visible entre los derechos y obligaciones entre los contratantes, el Notario recurrente nada puede alegar debido a la falta de concreción del Registrador. Que en cuanto a la estipulación sexta, es claro que es de carácter obligacional. Que el hecho de que no se distribuya el precio entre las fincas exigido por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria es, en primer lugar, porque no existe un precio aplazado en la compraventa, único supuesto en el que se exige; y para el caso de que se utilice el derecho de retracto por el vendedor, como unánimemente tiene establecido la jurisprudencia, el precio se habrá de entregar en su totalidad, no son admisibles pagos aplazados en el ejercicio del derecho de retracto (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1982). Que lo que se transmite, aunque sean una pluralidad de fincas, es una unidad de explotación cuyo precio se determina en conjunto, siendo imposible valorar el de cada una de ellas independientemente del resto, siendo éste uno de los motivos de que no exista precio aplazado. Que, además, corrobora la imposibilidad de ejecución parcial del derecho de retracto en el supuesto de la escritura comentada, el artículo 1.513 del Código Civil. Que por lo que respecta a la actualización de la licencia de segregación, se adjunta escrito presentado al Ayuntamiento de Talavera de la Reina por el que se solicita que se certifique la vigencia de la licencia.

IV. La Registradora de la Propiedad, en su informe de defensa de la nota, argumentó lo siguiente: Que, en cuanto al primer defecto, porque de la lectura de la escritura calificada y de sus estipulaciones se desprende que estamos ante un contrato de préstamo encubierto bajo la apariencia de una venta con pacto de retro que vulnera la prohibición del pacto comisorio y su inscripción, vigente en nuestro ordenamiento, tal como confirman los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil y reiterada jurisprudencia. Que si se examinan los requisitos distintivos que la doctrina y la jurisprudencia consideran que han de tenerse en cuenta por diferenciarlos: La comprobación de si el precio de la venta es o no real, que la finalidad contractual es aparente y la existencia de desigualdad de los derechos y obligaciones de los contratantes, se comprueba que todos ellos existen en la escritura calificada. Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 10 de junio de 1986, en su tercer considerando establece como requisito de la existencia del pacto comisorio, favorecedor del fraude, que «las cosas ofrecidas en garantía reciban una

valoración muy inferior a los valores reales». La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 18 de octubre de 1994, habla de que en estos casos el precio es sólo aparente. Que del examen de la finalidad contractual se comprueba que al precio de venta se le añade otro precio, el del vallado —que se quiere defender como necesario, cuando en realidad se impone como obligatorio, ya que si se califica como necesario, sólo se exigiría y se realizaría el gasto, cuando surgiera la necesidad, no antes—, que encubre pago de intereses porque además de exigirse como obligatorio, de una simple operación aritmética de multiplicar metros de vallado de cerramiento de ocho parcelas de más de una hectárea por el precio de cualquier tipo de cierre resulta un precio superior al precio de venta declarado en la escritura, que además de incongruente resulta usurario, dado el tiempo establecido, un año, para el ejercicio del derecho de retracto (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1989). Que de todo lo anterior se deriva que existe una clara y precisa desigualdad entre los derechos y obligaciones de los contratantes, requisito para apreciar la existencia del pacto comisorio ya recogido por la Resolución de 29 de mayo de 1927, y además porque si el vendedor ejercita el retracto, el vendedor no recupera la cosa vendida en el ser y estado que tenía al tiempo de la venta, pues la recibe con un cerramiento cuyo pago se le impone y con la carga de no poder venderla libremente a quien le interese en cuatro años, por lo que favorece que el comprador, en este caso acreedor, se apropie definitivamente del bien dado en garantía (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 5 de junio de 1991 y 10 de junio de 1986). Que se mantiene el segundo defecto de no estar distribuido el precio entre las fincas, como exige el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, porque el pacto de retro lleva implícito un aplazamiento del precio de venta. Que se mantiene el defecto en cuanto a la Licencia de Segregación, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley 2/98, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en relación con el artículo 66 del mismo cuerpo legal, y Real Decreto de 4 de junio de 1997.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha estimó parcialmente el recurso interpuesto con revocación de la nota de denegación de la inscripción y mantenimiento del cuarto defecto.

VI. La Registradora de la Propiedad apeló el auto presidencial manteniéndose en esencia en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.506 a 1.520 y 1.859 y 1.884 del Código Civil, y 10 y 11 de la Ley Hipotecaria, así como las Resoluciones de este Centro Directivo de 5 de junio de 1991, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999 y 13 de marzo de 2000.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes: Se presenta en el Registro una escritura por la que la sociedad propietaria de una finca segrega de la misma ocho parcelas y las vende a otra sociedad por precio total de quince millones de pesetas, estableciéndose el siguiente pacto: «Pacto de retro. Pactan expresamente las partes que la parte vendedora podrá recuperar las parcelas vendidas, reembolsando a la compradora el precio de venta y los gastos necesarios y útiles hechos en las parcelas vendidas. El plazo máximo para que la vendedora pueda ejercitar este derecho será el de un año contado a partir del día de hoy, debiendo notificar el ejercicio de su derecho, por lo menos quince días antes del vencimiento, de forma

fehaciente. Asimismo satisfará la vendedora, caso de ejercer su derecho de recompra, el importe del vallado (que la compradora se había obligado a realizar), más los intereses legales del mismo y del precio recibido». «Para el caso de que la sociedad vendedora ejercitare su derecho de recompra y procediera a la venta de las parcelas a un tercero, la parte compradora tendrá un derecho preferente a la compra de las mismas, para lo que la sociedad vendedora le notificará de forma fehaciente, lo siguiente: Nombre del comprador. Precio de la transmisión y plazo para ejercer el derecho preferente. El plazo de vigencia de este derecho no podrá ser superior a cuatro años». La Registradora deniega la inscripción por los siguientes defectos —aparte de otros no recurridos—. «En cuanto al pacto de retro de la estipulación séptima, porque el comprador más que adquirir un verdadero dominio temporal y resoluble sobre las fincas, parece procurarse una garantía sobre ellas, vulnerando la prohibición del pacto comisorio establecido en nuestro Ordenamiento Jurídico. 1.º Porque se añade al precio de la venta y a los gastos necesarios, otro importe más —el del vallado—, que puede encubrir el pago de intereses, independientes de los intereses legales. 2.º Porque la recuperación futura del dominio, por parte del vendedor, en el caso de que pudiera recuperar las fincas, no es plena, sino que está condicionada por el derecho preferente... para el caso de que el retrayente vendiera las fincas dentro del plazo de cuatro años. 3.º Porque existe una desigualdad visible entre los derechos y obligaciones de los contratantes. Por no estar distribuido el precio entre las fincas exigido por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria». Recurrida la calificación, el Presidente del Tribunal Superior estima el recurso en cuanto a los defectos anteriormente expresados. La Registradora apela el auto presidencial.

2. Es cierto, como dice la Registradora, y ha repetido esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en el «vistos»), que el pacto comisorio está prohibido en nuestro Ordenamiento cuando un contrato cumple funciones de garantía. Ahora bien, en el presente supuesto no hay datos que puedan hacer concluir que existe tal función, por lo que, si se tiene en cuenta, como ha dicho también este Centro Directivo (cfr. Resolución de 13 de marzo de 2000), que no puede presumirse el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva, ni ésta aplicarse extensivamente, el defecto debe decaer.

3. En cuanto al defecto de falta de distribución del precio entre las fincas transmitidas, y descartada la función de garantía en la transmisión, para su estudio es preciso analizar los dos derechos de retracto que se establecen en la escritura. El primero de ellos es un retracto convencional como consecuencia del ejercicio del pacto de retro, y el segundo, un derecho de adquisición, también convencional, para el caso de que se ejercite el primero por el vendedor y, después, durante el plazo de cuatro años que se establece, se vendan las parcelas a un tercero. En el primero no es necesaria la distribución, pues ello sólo sería así si se estableciera expresamente —cosa que no se hace— que tal derecho puede ejercitarse aisladamente por cada finca, y, aunque se trata de una condición resolutoria de la venta (cfr. art. 1.506 del Código Civil), no es una resolución por falta de pago, supuesto en el que sí sería necesaria tal distribución (cfr. art. 11 de la Ley Hipotecaria).

4. En cuanto al segundo de los derechos de adquisición establecidos, no se expresa si tal derecho puede ejercitarse o no aisladamente por cada finca, pero este Centro Directivo no puede entrar en tal cuestión, dado el estrecho cauce en que se mueve el recurso (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario). Pero, incluso en el supuesto de que se entendiera que tal retracto puede

ejercitarse aisladamente, es decir, finca por finca, tampoco es necesaria la distribución del precio, pues en tal supuesto el que tendría que pagar el retrayente sería el satisfecho por la venta, independientemente del precio por el que la finca se transmitió la primera vez.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial.

Madrid, 19 de febrero de 2002.—La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto del comentario se centra en que *«en el retracto convencional, consecuencia del ejercicio del pacto de retro, no es necesaria la distribución del precio entre las fincas transmitidas, pues ello sólo sería así si se estableciera expresamente —cosa que no se hace— que tal derecho puede ejercitarse aisladamente por cada finca, y aunque se trata de una condición resolutoria de la venta no es una resolución por falta de pago, supuesto en el que sí sería necesaria tal distribución»*.

En cuanto al derecho de adquisición convencional, para el caso de que se ejercite el primero por el vendedor, y después durante el plazo de cuatro años que se establece, se vendan las parcelas a un tercero, tampoco es necesaria la distribución del precio, puesto que el que tendría que satisfacer el retrayente sería el satisfecho por la venta, independientemente del precio por el que la finca se transmitió la primera vez».

En la resolución objeto de comentario se parte de la existencia de una compraventa con pacto de retro de ocho fincas rústicas por el precio conjunto de 15 millones de pesetas. Se establecía en dicho contrato, como obligación de la compradora, el vallado del perímetro de las fincas adquiridas con valla metálica, «cuyo coste de obra se determinará con factura detallada de la empresa instaladora, especializada en este tipo de obras, de la zona».

El pacto de retro se establecía por un período máximo de un año, durante el cual la parte vendedora podía readquirir las parcelas reembolsando a la compradora el precio de adquisición y los gastos necesarios útiles hechos en las parcelas vendidas, entre los que se encuentra el vallado más los intereses legales del precio.

Junto a dicho pacto se establece en la misma escritura que si la sociedad vendedora ejercitase dicho pacto de retro y a su vez, procediera a la venta de las parcelas a un tercero, la parte compradora tendrá un derecho preferente a la compra de las mismas para lo que la sociedad vendedora lo notificará de forma fehaciente, señalando el nombre del comprador, el precio de la transmisión y el plazo para ejercer el derecho preferente. Este derecho tiene un plazo de vigencia limitado a cuatro años.

La Registradora de la Propiedad de Talavera de la Reina deniega la inscripción de la citada escritura por varios defectos que van a ser, a su vez, atacados por el Notario autorizante, y sobre los que va a versar el presente comentario. A saber:

- Naturaleza jurídica del pacto de retro.
- Relaciones entre la compraventa con pacto de retro y el negocio simulado encubridor de un verdadero préstamo. En el caso que estamos estudiando debemos tener en cuenta, como señala acertadamente la Registradora, que junto con el precio de venta y los gastos necesarios se añade otro más importante que es el del vallado, que puede encubrir el pago de intereses, independientes de los intereses legales, obligatorios en el pacto de retro.
- Existencia de una garantía que vulnera la prohibición del pacto comisorio existente en nuestro ordenamiento jurídico.
- Cuestiones en relación con la inexistencia de distribución del precio entre las fincas, tanto en relación con el pacto de retro, como en relación con el posterior derecho de adquisición preferente convencional.

I. El primero de los defectos señalados se centra en la propia *naturaleza jurídica del pacto de retro realizado*, cuestión muy discutida doctrinal y jurisprudencialmente durante el último siglo, que según la Registradora se lleva a cabo no como «adquisición de un verdadero dominio temporal y resoluble sobre las fincas» sino como una garantía, en cuyo caso se vulneraría la prohibición del pacto comisorio existente en nuestro ordenamiento jurídico (1).

Estudiar la venta con pacto de retro conlleva el análisis de la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial del *negocio fiduciario*, a fin de exponer las diferencias entre ambas instituciones.

En cuanto a la evolución doctrinal, cabe señalar que en un primer momento se siguió la *teoría del doble efecto*, según la cual dicho negocio está formado por un contrato complejo cuya *estructura jurídica* esta integrada por otros dos interdependientes, uno *real* y otro *obligacional*. A través del mismo se *transfería la plena titularidad de un derecho*. El adquirente (fiduciario) se obliga a volver a transmitirlo, al enajenante (fiduciante) o a un tercero, una vez conseguido el fin económico —que suele ser el cumplimiento de la obligación asegurada— (*pactum fiduciae*). Según esta teoría resulta importante constatar que no cabe estimar que el fiduciante siga siendo verdadero dueño de la cosa. El contrato fiduciario se confirma como un nuevo instrumento para articular en la práctica la obligación del fiduciario de reponer formalmente a aquél en la posesión de la cosa, pues se ha operado una auténtica transmisión de la cosa basada en la buena fe y con atribución real de la titularidad dominical al fiduciario.

Posteriormente, como consecuencia de las cuestiones que se suscitaban en relación con la aplicación de esta teoría en un sistema causalista como es el nuestro, se adoptó una variante, según la cual *el fiduciante retiene la propiedad material de la cosa confiada, entregando al fiduciario la propiedad formal*. De manera que la transmisión de la propiedad se entiende limitada a la eficacia externa y condicionada a su finalidad fiduciaria.

(1) Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I., «El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado» (Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado), en *RCDI*, núm. 644, 1998, págs. 57 a 116; «Aspectos cuestionables en torno al pacto de retro. Comentario a la STS de 19 de septiembre de 1997», en *RDP*, junio de 1999, págs. 488 a 496, y *El derecho de retracto convencional* (Estudio de la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la jurisprudencia menor, y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado), Lex Nova, 2002.

Por lo que respecta a la evolución jurisprudencial, cabe señalar que no es continua. Se inicia con el reconocimiento de la existencia de la teoría del doble efecto del negocio fiduciario (STS de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944, 23 de febrero de 1951, 3 de mayo de 1955, 7 de junio de 1955, 31 de octubre de 1955, 22 de mayo de 1956, 10 de julio de 1957, 5 de diciembre de 1959) pero no de forma tajante, pues a la vez también se reconoce de forma cautelosa la consideración de la propiedad formal del fiduciario (RDGRN de 14 de junio de 1922, STS de 23 de mayo de 1935, STS de 8 de marzo de 1957, STS de 8 de marzo de 1963, STS de 30 de octubre de 1965 donde el TS es consciente de que no puede existir transmisión de la propiedad, aunque sea de modo temporal, en un negocio fiduciario, pues su causa es la garantía de obligaciones (la *causa fiduciae* es la garantía o afianzamiento del débito). Sin olvidarnos de que en otras ocasiones el TS (STS de 3 de mayo de 1955) entiende desde los postulados de la teoría del doble efecto del negocio fiduciario, que la titularidad del fiduciario no es apta para adquirir por usucapión ordinaria, dado que no estaba poseyendo en concepto de dueño.

Con posterioridad, cuando la doctrina científica es unánime en desechar la teoría del doble efecto del negocio fiduciario, la jurisprudencia del TS continúa recogiendo todos y cada uno de los requisitos esenciales de dicha teoría: tales como la verdadera existencia de transmisión plena del dominio y la obligación de retransmitir una vez cumplida la obligación garantizada como consecuencia del efecto obligatorio (STS de 27 de junio de 1980, 6 de abril de 1987).

El cambio se inicia en torno a los años ochenta, cuando con carácter expreso se señala la superación de la teoría del doble efecto del negocio jurídico (2 de junio de 1982 y 8 de marzo de 1988) y de hecho comienza a mencionarse la existencia de una titularidad formal —el dominio transmitido es limitado y el poder atribuido al fiduciario le impide comportarse como verdadero dueño— (STS de 9 de diciembre de 1991), e incluso se insiste en el limitado alcance real de la transmisión, ya que la cosa en realidad no ha salido del patrimonio del fiduciante (STS de 19 de mayo de 1989, STS de 6 de julio de 1992).

La importancia del estudio del negocio fiduciario tiene también importancia a los efectos de su distinción con la compraventa con pacto de retro. Pues al utilizarse y encajarse, en un primer momento, que coincidió con el de mayor esplendor de la figura, la compraventa con pacto de retro, como una venta en garantía inserta en el negocio fiduciario, la jurisprudencia se esforzó en determinar la verdadera calificación del negocio fiduciario a través de diversas operaciones, como la de la concreción del supuesto de hecho, la de desentramar la verdadera intención de los otorgantes, y en base a ello la calificación del negocio. De este modo, *la propia jurisprudencia ha determinado que la causa del negocio fiduciario es la garantía de una deuda anterior existente entre las partes, y no la transmisión de la propiedad, en cuyo caso habrá compraventa con pacto de retro.*

El mencionado sector doctrinal que en su día encajó la compraventa con pacto de retro como negocio fiduciario entendió que su causa consistía en la *transmisión de fincas en garantía de una deuda*. A su juicio, la importancia del estudio del negocio fiduciario con la compraventa con pacto de retro se debe a que el primero puede encajarse como una enajenación con un pacto disimulado —el de retroventa—.

Precisamente en los últimos años, la labor jurisprudencial ha tenido como fin determinar la calificación del negocio, insistir en la titularidad formal del

fiduciario, y en consecuencia señalar que la causa del negocio fiduciario es la garantía y no la transmisión de la propiedad en cuyo caso habrá compraventa con pacto de retro. (Habrà negocio fiduciario en las SSTs de 27 de junio de 1980, 9 de diciembre de 1981, 24 de enero de 1983, 22 de diciembre de 1988, 7 de mayo de 1991, 6 de junio de 1992, y compraventa con pacto de retro o a carta de gracia en la STS de 3 de mayo de 1976, y en la sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de mayo de 1991.)

La utilización de la «venta en garantía» supone, además de la creación de una titularidad fiduciaria, la transmisión al fiduciario de un poder en la cosa confiada (irrevocable por el fiduciante en interés del fiduciario). Enajenación de poder que no puede fundarse en una venta, ya que ésta es inválida al faltarle su propia causa, sino que se funda en el pacto fiduciario extraño a la escritura de venta, por el que se pone la cosa confiada en poder y posesión del fiduciario a fines de garantía. De ahí que la situación fiduciaria no pueda considerarse separadamente del préstamo concedido: la venta de la finca al fiduciario supone, por sí misma, una garantía para el prestamista. De modo que en realidad no hay compraventa con pacto de retro. (Debemos tener presente que en la *venta en garantía* no hay una verdadera venta, porque no hay precio. El «enajenante» se obliga a devolver tanto como recibió en un momento anterior. En la *compraventa con pacto de retro*, si hay una verdadera venta, y en ella el vendedor se reserva una facultad jurídica: la de recuperar la cosa pagando el precio y demás gastos o reembolsos dentro del plazo pactado. El vendedor no contrae ninguna obligación, ni tampoco tiene porqué ser un deudor anterior del comprador.)

Conclusión, deberá calificarse el negocio de compraventa con pacto de retro si de la voluntad de las partes las pruebas evidencian que se quiere transmitir el dominio mediante precio. Si aparece la existencia de garantía, nunca habrá compraventa porque no hay transmisión ni siquiera eventual.

La cuestión en torno a la naturaleza del pacto de retro y su consideración como garantía es, en realidad, una cuestión de prueba, y como es natural de gran dificultad, pues implica conocer la verdadera voluntad de los otorgantes.

II. En cuanto al segundo de los puntos a tratar está el de las relaciones entre la compraventa con pacto de retro realizada y la existencia de un negocio simulado basado en un préstamo.

Resulta conveniente analizar las relaciones entre la *venta con pacto de retro* y el *negocio simulado* desde el punto de vista jurisprudencial. El motivo de que se utilice la venta con pacto de retro, a fin de encubrir un préstamo, se encuentra en que con la transmisión de la propiedad lo que se persigue es la garantía de la devolución del precio: se busca una garantía real.

Principalmente existe un *contrato de compraventa con pacto de retro* encubriendo un préstamo cuando el fundamento o causa del negocio o pacto se encuentra en «procurarse una garantía» más que en «adquirir sobre el inmueble un verdadero dominio temporal y resoluble».

La *circunstancia esencial* es la transferencia de la propiedad (con carácter absoluto y pleno aunque revocable), pero sobre todo la recuperación futura del dominio. Su elemento esencial es el pacto de un término, transcurrido el cual, el vendedor devuelve el precio de la cosa vendida y demás reembolsos, readquiriendo la propiedad de la misma. Todo ello independientemente de que se hayan pactado intereses además del pago del precio para retraer, pues «ese particular no afecta a la esencia del contrato» ... «pudiendo convenirse como merced o compensación por haber continuado la finca en la posesión del

vendedor...»; consecuencia del carácter convencional del pacto de retro, pues las partes pueden pactar cuantos requisitos consideren oportunos.

El que vende con pacto de retro trata ciertamente de obtener una cantidad de dinero, pero no queda obligado a devolver la cantidad recibida; no surge ningún derecho de crédito contra él; el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y sólo si hace uso de ella es cuando deberá efectuar la devolución del precio, pero en tanto el vendedor no quiera hacer uso de esa facultad recuperatoria, el comprador no puede compelerle a que reintegre cantidad alguna. En cambio cuando se quiere instrumentalizar, la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, sí que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor (además, en tal caso, el precio sólo es aparente, la transmisión dominical sólo obedece a esa finalidad de garantía y ello carece de virtualidad para justificar el efecto traslativo).

En relación con los *requisitos distintivos y esenciales del contrato de préstamo encubierto bajo la apariencia de una venta con pacto de retro*, debemos tener en cuenta la finalidad contractual, y, además, determinar los elementos que integran el contenido del contrato. Entre otros deben analizarse circunstancias tales como que el precio de venta que consta en la escritura pública aparece, a su vez, en documento privado como capital entregado con un interés, y donde se señala la forma y plazos en los que debe entregarse el capital y los intereses. Préstamo que tendrá el carácter de *usurario* cuando el interés sea superior al del dinero fijado como normal por el TS, o, cuando la cantidad entregada como pago de las fincas resulte ser inferior a la estimación parcial de las mismas. Y, sobre todo, cuando la situación personal del vendedor sea calificada como de angustiosa, o como de estado de necesidad civil que hubiese mediatizado su libre discernimiento.

Otro requisito diferenciable de ambas instituciones se basa en que el prestatario con garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando liberada la garantía que era accesorio del préstamo y que no pasa automáticamente a poder del acreedor, como ocurre en la compraventa con pacto de retro al no verificarse el retracto en su tiempo, sino que tratándose de préstamo incluso con plazo pactado habría de perseguirse la garantía, una vez denunciada y probada la falta de pago del capital e intereses objeto del préstamo.

La posible utilización de la venta con pacto de retro a fines de garantía, no obstaculiza su existencia. De modo que es posible sostener la verdadera existencia de la venta con pacto de retro en aquellos casos en los que las partes, conociendo y sin desaprovechar la invalidad de garantía que cumple la figura, quieren realmente la transmisión de la finca.

III. La cuestión a analizar se centra en si la compraventa con pacto de retro realmente *envuelve un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico*. Lo cuál es igualmente una cuestión de prueba. El Notario arguye que la inclusión de la obligación de vallar conlleva la obligación de su pago si se ejercita el retracto sobre la base de su consideración como un gasto útil y necesario (vid. art. 1.518-2.º del Código Civil) (2).

(2) Últimamente la DGRN ha formulado dos Resoluciones con relación al pacto comisorio, aunque en relación con otras instituciones jurídicas, como es el caso del derecho de opción, y el caso de la dación en pago.

Una de ellas es la RDGRN de 26 de marzo de 1999. En ella se establece que «si bien es cierto que las cláusulas relativas al modo de pago, en caso de ejercicio de la op-

La Registradora acertadamente señala dicho pago «encubre el pago de intereses porque además de exigirse como obligatorio, de una simple operación aritmética de multiplicar metro de vallado de cerramiento de ocho parcelas de más de una hectárea por el precio de cualquier tipo de cierre resulta un precio muy superior al precio de venta declarado en la escritura, que además de incongruente resulta usurario, dado el tiempo establecido de un año para el ejercicio del derecho de retracto».

No debemos olvidar que entre las facultades del vendedor se incluyen: la de ejercitar su derecho de retracto, el cual al cumplirse en forma, hace que se repongan las cosas al estado que tenían antes de la venta, para lo cual debe entregar las cantidades correspondientes establecidas por imperativo legal.

ción, revelan que este derecho se ha constituido en función exclusiva de garantía de un crédito, lo que conculcaría la prohibición del pacto comisorio en nuestro Derecho, no lo es menos que al estar inscrito tal derecho, el Registrador ha de partir de su validez presunta (art. 38 LH), en tanto no se declare su ineficacia en los términos legalmente prevenidos (art. 1 y 18 LH). Ahora bien, una cosa es el respeto a la validez del derecho inscrito y otra bien diferente es la pretensión de eficacia erga omnes de cualesquiera cláusulas estipuladas con ocasión de su constitución. Sólo en la medida en que dichas cláusulas delimiten el contenido del derecho real inscrito, tendrán aquéllas el alcance inherente a este último, más si su carácter fuera puramente personal, bien por su naturaleza, bien por deducirse así del contenido del pacto, no se alteraría ésta por el hecho de su inscripción y sólo podrían desenvolver su eficacia en el restringido ámbito de quienes la estipularon, y esto es lo que ocurre en el caso debatido con la cláusula por la que se faculta al optante para pagar parte del precio de la compra mediante la entrega de un pagaré, pues siendo ésta la representación de un préstamo que el concedente recibió del optante al tiempo de la constitución del derecho de opción, tal cláusula equivale a una previsión anticipada del juego de la compensación que por lo mismo sólo estaría llamada a operar cuando optante y concedente sean respectivamente acreedor y deudor de los dos créditos en cuestión, el representado por el pagaré y el correspondiente al precio de compra si se ejercita la opción. Por otra parte, siendo el titular de ese crédito en dinero que representa el precio de la compra en caso de ejercicio de la opción, quien en ese momento sea propietario del bien, y siendo titular pasivo de esa deuda el optante, en modo alguno puede admitirse la eficacia frente a aquél de la previsión que le impone recibir como pago aquel crédito preexistente que su deudor tenía contra el concedente, pues ello equivaldría a admitir un pacto en el que se estipulase que el pago anticipado del precio hecho por el optante a quien llegado el momento del ejercicio de la opción no resulta ser el titular legítimo de tal crédito, exime al pagador de tener que reiterar el pago al verdadero acreedor, correspondiendo a éste reclamar el cobro del precio de quien lo reciba anticipadamente lo que es incompatible con el esquema del desenvolvimiento de un derecho de opción».

Por otro lado, la *Resolución de 13 de marzo de 2000*, de dación en pago de una deuda, afirma que «realmente es difícil la solución del problema planteado, pues es cierto, como dice el Registrador, que las leyes, la jurisprudencia y la doctrina asimilan en muchas ocasiones la naturaleza jurídica de la compraventa y dación en pago y, si se realiza la misma sometida a la condición suspensiva de la falta de pago, puede darse la situación de un pacto comisorio. Ahora bien, no todo pacto comisorio está permitido. En el presente supuesto, la dación en pago más que garantía de un préstamo impuesta por el prestamista tiene una finalidad solutoria, puesto que, por una parte, la deuda está ya vencida y es exigible; por otra, el hecho de que la misma esté sometida a diversas condiciones suspensivas y el alargamiento del plazo por los acreedores revela que lo querido por los mismos es el pago de lo que se les adeuda, y no el abuso de su posición, que se podría haber dado con más claridad si no existiera la condición, pudiendo añadirse finalmente que el supuesto de hecho que da lugar a la explicación de una norma prohibitiva no puede presumirse ni ésta aplicarse extensivamente».

Ejercicio que es un negocio jurídico unilateral en virtud de los poderes contenidos en el primitivo contrato (3).

En cuanto a las cuantías a consignar es necesario que el primitivo comprador precise cuál es el importe exacto que debe el vendedor reembolsar para la válida retroadquisición. No sólo el precio sino también los gastos de legítimo abono. Aunque también basta con que se ofrezca el precio principal, o su consignación, antes del vencimiento del retracto establecido, pudiendo concretarse el resto en un momento posterior. El precio que debe consignarse es el conocido por el retrayente en el momento de ejercitar su derecho, y no en otro posterior, por ejemplo, de las actuaciones judiciales. El defecto o la consignación por cantidad inferior al precio conocido es nula y equivale a no haber sido efectuada. Tampoco es válido el ofrecer fianza de consignarlo, pues esta fórmula sólo es viable cuando el precio resulta desconocido para el retrayente, situación bastante improbable. La exigencia de consignación del precio actúa como refuerzo de la voluntad del retrayente de su intención y deseo de querer y poder ejercitar su derecho de retracto.

La Jurisprudencia establece, sin duda alguna, que la cuantía del precio del retracto a abonar debe ser el del precio real que fue entregado por el comprador en su día, y no el señalado en la escritura pública de compraventa. Aunque el Código Civil no dice nada referente a los intereses, puede que estos sean obligatorios, si así lo hubiesen dispuesto las partes. Igual ocurre si se hubiese establecido una cláusula de estabilización (4).

(3) Y también entre tales facultades generales se incluye la de no estar obligado —en sentido técnico— a ejercitar el retracto ni, por consiguiente, a devolver la cantidad recibida, sino que la esencia del derecho se funda en la reserva que hace de poder recuperar la cosa vendida, esto es, el ejercicio se encomienda a su iniciativa. En ese caso es cuando surge la obligación de devolver el precio y demás cantidades al comprador. De ahí que también posea la facultad de renunciar a su derecho de retracto antes del transcurso del plazo (siempre que tenga pleno poder de disposición del derecho, y que no perjudique a terceros).

A fin de evitar una posible confusión, también se ha aclarado que el vendedor sólo puede transmitir el derecho de retracto, pero no la finca, salvo que ya la haya retroadquirido, pues recordemos que él sólo tiene el derecho real de readquisición sobre la misma.

(4) El vendedor también deberá hacer frente *al pago de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta*. El criterio que sigue el juzgador, a fin de reembolsar los gastos propios y necesarios para la venta, es el de que éstos cumplan los requisitos de ser legítimos, accesorios y útiles. De ahí que no se consideren reembolsables ni las costas del juicio de testamentaria, ni los gastos ocasionados en el litigio con el vendedor para obligarle al otorgamiento de la escritura, ni la minuta del letrado a quien consultaron los compradores sin necesidad, ni la del corredor que medió en la venta pero cuya intervención no era necesaria, ni los gastos derivados de obligaciones personalísimas (cuidado, fallecimiento, entierro y funeral de la vendedora), ni los gastos derivados de la consignación, ni los intereses del precio desembolsado por el comprador del retraído desde la fecha de adquisición hasta la de la sentencia definitiva.

Sí se reembolsarán, por el contrario, el pago de derechos reales, contribuciones, los gastos de subasta, adjudicación e inscripción como equivalentes a los originados en el contrato de venta, la obligación de concurrir al otorgamiento de la escritura de retroventa y, a su pago, tomando como argumento el de la necesidad de existencia de una verdadera reciprocidad en las prestaciones, y el concepto de reintegro legítimo (entendido dentro de la expresión de «otros pagos legítimos»), del incremento económico de la finca por extinción del usufructo.

Las argumentaciones de ambas partes no son indicativas de que el contrato de compraventa con pacto de retro encubre una función de garantía, puede presumirse pero no hay datos que lo constaten, es pues, como señalábamos anteriormente, una cuestión de prueba.

IV. Otra cuestión que debe hacerse constar se centra en el hecho de que «*el precio no está distribuido entre las fincas, tal y como exige el artículo 11 LH*».

La Dirección General entiende que en el caso del retracto no es necesaria la distribución, pues ello sólo sería así si se estableciera expresamente —cosa que no se hace (5) que tal derecho puede ejercitarse aisladamente por cada finca, y aunque se trata de una condición resolutoria de la venta (art. 1.506 del Código Civil) (6), no es una resolución por falta de pago, supuesto en que si sería necesaria tal distribución (art. 11 LH).

Estos gastos, si no han sido concretados, deben abonarse con posterioridad al precio principal de venta. Y ante el desconocimiento de la cuantía total a abonar, basta que se consignen unas cantidades y se afiance el pago de otras.

Por lo que respecta al reembolso de los *gastos necesarios y útiles* hechos en la cosa, la jurisprudencia los definió como aquellos necesarios para la conservación o que redunden en provecho, comodidad o interés de la cosa.

(5) Como así ocurrió en la antigua RDGRN de 10 de octubre de 1907 (ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia Registral*, tomo IV (1906-1916), Bosch, Barcelona. En dicha Resolución se parte de que en la escritura constaba la obligación de que «...las dos partidas de fincas deberán retraerse en globo y no por fincas independientes...».

(6) El pacto de retro en la primera doctrina registral fue considerado como condición resolutoria, pues el «ejercicio de la retroventa consiste precisamente en el desenvolvimiento de la condición», lo cual implicaba que el primitivo contrato de compraventa no había transferido la propiedad completa sino un dominio eventual. Mientras la condición subsista, el vendedor conserva un derecho real enajenable. Caracterización que fue acogida por la doctrina jurisprudencial y también por la científica.

La condición se incumple con el hecho negativo de no pagar el precio el vendedor primitivo en un plazo de tiempo. Con el transcurso de dicho plazo se produce la adquisición definitiva por parte del comprador, que implica la conversión en definitiva y perpetua del dominio antes revocable. El cumplimiento de la condición repone las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiere verificado. El vendedor es quien, a su voluntad, posibilita la retroacción (condición resolutoria potestativa).

Posteriormente, se le considera como un *derecho real enajenable*, pero que al introducirse como pacto anejo y simultáneo a la venta, y, por sus especiales caracteres y efectos, tiene similitudes con una condición.

Ultimamente, la doctrina jurisprudencial lo ha concretado como un *derecho real de readquisición que aparece bajo la forma de condición resolutoria*, pues es el vendedor quien se reserva la facultad de retraer, y el ejercicio de ese derecho se realiza a través de un negocio jurídico unilateral. Es el vendedor quien, si lo desea, en virtud de la reserva realizada y acordada por ambas partes en el primitivo contrato, se transforma en comprador sólo con cumplir los requisitos legales y voluntarios que en el mismo se pactaron. La readquisición se produce como consecuencia del desenvolvimiento de las condiciones establecidas en el contrato.

En cuanto a la doctrina científica, se ha producido una evolución, tal vez más profunda en los últimos tiempos que en la doctrina jurisprudencial. Pues si primero se le consideró afín a una condición resolutoria potestativa, y posteriormente como una condición resolutoria que afecta a la venta pero que en sí misma constituye una facultad o poder de readquisición del vendedor, la posición más actual es su consideración como derecho de real readquisición del vendedor, aunque no hay que olvidar alguna posición que lo entiende como un derecho de adquisición preferente del tipo de opción.

V. Por último debemos detenernos en el estudio *del derecho de adquisición preferente pactado entre las partes*, para el caso de la posterior venta de la parte inicialmente vendedora, una vez hubiera readquirido las fincas en base al ejercicio del pacto de retro inserto en la venta.

Recordemos que es posible que una persona tenga el poder de adquirir una cosa si así lo quiere o cuando su propietario decida enajenarla a un tercero o cuando ya lo haya hecho, son los llamados *derechos de adquisición preferente*.

Se discute si los mismos constituyen verdaderos derechos reales. Algunos lo niegan por entender que su titular no tiene una relación directa e inmediata con la cosa, hablando de derechos potestativos o de facultades de configuración jurídica. Otros lo afirman recordando que la relación directa e inmediata con la cosa no se da en ciertas servidumbres ni en la hipoteca y afirmando que cuando el poder de adquirir la cosa con preferencia a otros es oponible a los demás, estamos en presencia de verdaderos y propios derechos reales que cabe llamar derechos de adquisición preferente.

Se trata de derechos limitados sobre cosa ajena cuyo propietario ve, a su vez y por ellos, limitados su poder de disposición, derechos que surgen de la ley o de la voluntad de los particulares plasmada en el Registro, de derechos, temporales con plazo de caducidad (que en el presente supuesto es de cuatro años).

En el caso objeto de análisis se establece por la Dirección General que en base a lo visto no se expresa que los derechos de adquisición establecidos pueden ejercitarse o no aisladamente por cada finca, aunque en el caso de que el retracto se ejercitara aisladamente, finca por finca, no es necesaria la distribución del precio, pues el que tendría que pagar el retrayente sería el satisfecho por la venta, independientemente del precio por el que la finca se transmitió por primera vez.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

III. Sentencias del Tribunal Supremo

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL MORATILLA GALÁN Y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

RECLAMACION POR EL ESTADO DE LOS DEPOSITOS CONSTITUIDOS EN CAJA DE AHORROS Y ABANDONADOS POR INACCION DE SUS TITULARES DURANTE VEINTE AÑOS: SON PROPIEDAD DEL ESTADO RECLAMANTE. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

Triunfa el recurso de casación.

La excepción o falta de litisconsorcio pasivo necesario no puede ser apreciada de oficio «si no es aducida por la parte contendiente a quien interese». Es reiteradísima la jurisprudencia creadora de esta figura concibiéndola como un presupuesto procesal imprescindible —por tender a evitar la posibilidad de sentencias contradictorias en procedimientos distintos sobre el mismo objeto litigioso y a que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio—, que, exigiendo la presencia en el proceso de cuantos han de venir a él al ser afectados por la resolución que le ponga fin, pone en los Tribunales el cuidado de apreciar de oficio su falta, sin necesidad de ser alegada como excepción, con el efecto inherente a esa apreciación cual es el de la desestimación de la demanda de instancia. Cuando la apreciación —bien o mal hecha, que esto sería otra cuestión— de que no se ha producido la necesaria concurrencia de aquellos potencialmente afectados, estimada independientemente de toda alegación de parte, el ejercicio de tal facultad por el juzgador no lleva a estimar que su resolución ha incidido en incongruencia al modo que lo entiende el recurrente, pues la cuestión así sobrevenida no entra en las disponibilidades procesales de parte y habría de conducir, en definitiva, a la desestimación de la demanda en la medida correspondiente a la aplicación a sus hechos de la norma que para ellos considera procedente en orden a los sujetos del proceso, concluyendo en un pronunciamiento absolutorio que, aunque constreñido por esa circunstancia, sin perjuicio de lo acertado o no de tal decisión cuya revisión no ha sido solicitada. Determinó la sentencia recurrida que por vía de demanda se ejercitaba una acción reivindicatoria que desestimó en aras de una falta de litisconsorcio pasivo necesario que más habría de ser en tal supuesto y por su fundamentación, falta de legitimación

pasiva de la Caja de Ahorros demandada —«nunca lo podrá ser la Caja en cuanto mera depositaria y administradora de los mismos valores, sin los concretos particulares titulares de las cuentas o libretas en que estén depositados», y, a la que en definitiva, se excluye en esos términos de la pretensión actora con olvido de que a esta pretensión se le da origen en disposición legal que se estima atributiva del Estado de todo bien abandonado y señala, en este supuesto en litigio, la inducida obligación consecuente de quien lo haya recibido en depósito, y sólo en este concepto ha podido tenerlo desde el acto de su constitución, de trasladarlo al titular que surge, precisamente, desde la dejación o desentendimiento de aquél que encomendó su custodia a la Caja demandada quien, como destinataria de la disposición legal que se invoca, debe dar cumplimiento a esta posibilidad de dar entrada en el proceso que suscite su negativa a ese cumplimiento a quienes, en principio y por disposición legal, han abdicado de todo derecho sobre los objetos litigiosos basados en la caducidad de sus titularidades y exigencia de puesta en su definitivo destino legal. El Real Decreto-ley del Ministerio de Hacienda, de 24 de enero de 1928, disponía en su artículo 1.º que «se declaran bienes abandonados por su dueño, y como tales pertenecientes al Estado, los valores o metálico que se hallen constituidos en depósito, tanto voluntario como necesario, en Bancos, Banqueros, Sociedades de crédito y toda clase de entidades privadas que no sean de carácter benéfico» intocados en plazo de veinte años por los interesados en los mismos, y en su artículo 3.º disponía lo mismo respecto a «los saldos de cuentas corrientes abiertas en los establecimientos y entidades» anteriormente indicadas, siendo expresamente derogados estos preceptos por la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977. En el intermedio se había promulgado el Real Decreto-ley del Ministerio de Trabajo, de 21 de noviembre de 1929, sobre Régimen de Ahorro Popular, Estatuto Especial para las Cajas Generales de Ahorro Popular, que venía a disponer en este ámbito la misma presunción de abandono que el anterior, pero el último párrafo de su artículo 54 establecía que «el importe de las libretas o cuentas de ahorros que se declaren caducados se aplicará, en su totalidad, a la realización de obras sociales, culturales y benéficas por las propias Cajas». Respecto a este Real Decreto-ley, ni la Ley General Presupuestaria de 1977 ni la de 1988 dispusieron nada su derogación expresa y en las mismas, a diferencia del anterior, pasó en silencio. No obstante este silencio, el artículo 29.2 de dichas Leyes Presupuestarias estableció que «son bienes abandonados por su titular, y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de sociedades de crédito o entidades financieras, respecto de los cuales, y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o entidades».

CONTRATO DE COMPRAVENTA. CAMBIO DE PONENTE. NO ASISTENCIA DEL LETRADO A LA VISTA DEL RECURSO DE APELACION. INATACABILIDAD DEL HECHO PROBADO. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

No triunfa el recurso de casación.

La doctrina de esta Sala estima que los cambios de Ponente carecen de intensidad casacional suficiente para decretar la nulidad o reposición de las actuaciones practicadas en apelación, mucho más, como en la presente litis, donde en el motivo no se apunta que al efectivo ponente le afectara alguna causa de recusación no descartable. Además, la sustitución del Magistrado Ponente, sin que conste su comunicación a las partes, supone una infracción al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Se olvida, por otro lado, por la parte recurrente con su reiterativa argumentación, que la justicia es rogada y que el proceso y sus circunstancias suponen, en conjunto, cargas procesales, diferenciadas de las propias obligaciones en que no constriñen una determinada conducta, pero sí despliegan consecuencias desfavorables en caso de no cumplirse. Así ocurre con el tema de las alegaciones de la prueba, etc., y no sólo en el ámbito del proceso, sino de sus instancias o recursos. Por otra parte, el recurso de apelación es un recurso devolutivo utilizado contra sentencias definitivas con la finalidad de su sustitución por entender la parte recurrente un error en el juicio. La doctrina ha entendido que se trata de un recurso regido por el principio dispositivo y que además exige la existencia de un gravamen, y tiene una normativa procesal. Exige, en la menor cuantía, un informe oral, y éste puede ser reemplazado por los correspondientes escritos de alegaciones. Por tanto, si para asuntos de menor trascendencia cuantitativa y cualitativamente, se exige la exposición de alegaciones, habida cuenta de la inexistencia de vista, necesariamente cuando no se señalen tales alegaciones fundamentadoras de la impugnación, porque existe un posterior trámite de vista en el órgano *ad que*, es allí donde éstas tienen que producirse, otra solución conduciría a la eliminación de los principios de aportación de parte y justicia rogada y permitiría a cualquier Letrado deferir su responsabilidad impugnativa a la Sala decisoria del recurso con tan sólo no asistir al acto de la vista, descargando en el Tribunal, órgano imparcial, buscar las razones por las que la sentencia debe ser revocada, pese a la abstención de la apelante. En modo alguno incurre la sentencia *a quo* en el vicio procesal de incongruencia omisiva en el que se expresa que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito. No hay incongruencia, al no haberse suscitado cuestiones nuevas, no alegadas en la primera instancia, y no puede estimarse incongruente al conceder menos de lo pedido. Tampoco vulnera la sentencia el derecho a la tutela judicial efectiva, que de existir estaría provocado por la conducta de la propia defensa técnica de la parte recurrente, pues el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de prestación, un derecho de configuración legal, lo que implica que las partes que intervienen en el proceso no pueden desentenderse de su ordenación legal, estando obligadas a cumplir con diligencia los deberes procesales que pesan sobre ellos, y no cabe oponer el artículo 24.1 de la Constitución Española a aquellas medidas que, suponiendo un cierto gravamen, no impiden el acceso al proceso y guardan proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables. Y finalmente decir que existe precio y así consta en el hecho probado y no está autorizado a la parte impugnante en casación hacer supuestos de la cuestión.

LOS INTERESES MORATORIOS EN DEUDA QUE SOLO SE LIQUIDA EN SENTENCIA, NO SE PRODUCEN MAS QUE DESDE LA FECHA DE ESTA.

LOS INTERESES DEL ARTICULO 921 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL SE DEBEN POR MINISTERIO DE LA LEY, AUNQUE NO SE SOLICITEN Y NO SE CONSIGUEN EN SENTENCIA SI ESTA NO LOS EXCLUYE EN BASE DE RAZONES EXPRESAS. NO CABE CONFUNDIR VALIDEZ DEL DOCUMENTO PRIVADO CON SU FUERZA PROBATORIA. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—Liquidez de la deuda reclamada a medio de demanda para determinar, desde esa condición, el momento a partir del cual, por causa de demora en el cumplimiento de la obligación de la que aquélla surge, han de tenerse por producidos y pagarse los intereses convenidos a tal evento de retraso.

Doctrina de la Sentencia.—Establecido en el citado artículo 1.100 del Código Civil, el requisito de la exigibilidad de cumplimiento de la obligación que se tenga contraída para que pueda surgir la adicional de intereses reparatorios, la generalidad del precepto encuentra su condicionante —el desconocimiento de lo que sea debido difícilmente pueda revelar una voluntad renuente al pago— en el artículo 1.108 del propio Código Civil cuando la deuda consista «en una cantidad de dinero», cuyo impago no admite explicaciones dilatorias, sin posibilidad de extender su presupuesto a aquellas otras situaciones en las que la deuda está por cuantificar al pender su determinación de lo que se decida definitivamente en el juicio promovido para la reclamación de su valor o suma, como han establecido numerosas sentencias como premisa para que se produzca aquel débito, que la sentencia condene a pagar la cantidad reclamada, ya que si se redujo en ella la suma solicitada, la deuda no es líquida hasta la fecha de la sentencia firme. También se denuncia la inaplicación de la doctrina jurisprudencial relativa al principio de *in iliquidis non fit mora*. Además, los intereses que establece el artículo 921 de la Ley Procesal constituyen obligación de pago, impuesta por imperio de la Ley al condenado en sentencia firme al abono de cantidad líquida, sin necesidad de reclamación específica ni de que hayan sido fijados al fijar el principio sobre el que deban calcularse.

DETERMINACION DE LA FIGURA DEL CONTRATO: SU INTERPRETACION.
(SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2000.).

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

No prospera el recurso de casación.

La premisa de la presente litis establece de manera reiterada y constante que la interpretación de los contratos pertenece a la soberanía de la instancia, cuyo resultado ha de permanecer incólume en casación mientras no se demuestre que es ilógico o contrario a las normas legales, lo que, en su caso, hay que probar cumplidamente, sin que baste a tal fin exponer la opinión de la parte interesada como más correcta que la de la instancia.

NO HAY INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

El recurso de casación no prospera.

Base fáctica.—El vendedor no cumple con la obligación de entrega porque el producto, puesto a disposición del comprador, no reúne las características pactadas.

Doctrina de la Sentencia.—Se hace supuesto de la cuestión, pues se mantiene que la cosa comprada y puesta a disposición no es la pactada, de tal manera que el incumplimiento proviene de la parte vendedora. Estas razones son las que condujeron al impago de la parte de precio no satisfecho, criterio este que, desde luego, contradice la declaración de hechos probados que establece el cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor.

ISABEL MORATILLA GALÁN

SEGUROS DE ROBO. SUSTRACCION DE VEHICULO ASEGURADO EN EL EXTRANJERO. AMBITO TERRITORIAL DEL SEGURO. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2002.)

Ha de partirse de que en la solicitud del seguro, entre otras coberturas, se incluyó la del robo del automóvil, pero no se interesó la ampliación al evento que pudiera ocurrir en el extranjero, y en la póliza concertada efectivamente se incluyó el robo con especificación de las Condiciones Generales aplicables (arts. 52 a 57). No se contrató expresamente ampliación para el caso de que el siniestro pudiera tener lugar fuera del territorio nacional, lo que debió de hacerse constar específicamente y supondría lógicamente un aumento en el importe de la prima, por lo que, de conformidad a los artículos 1 y 50 de la Ley de Contrato de Seguro, la entidad aseguradora queda obligada a indemnizar los daños derivados de la sustracción ilegítima, sólo dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato, es decir, cuando el riesgo ha sido objeto de cobertura, lo que aquí no sucede.

Los referidos artículos 52 y 57 que se reflejan en la póliza están incluidos en las Condiciones Generales bajo el título «Modalidad Tercera», que hace aplicable el párrafo segundo del artículo 22 de dichas Condiciones y resulta delimitador del ámbito territorial cubierto por la póliza, ya que de manera bien clara se establece que cuando el asegurado desea extender la cobertura de robo fuera del territorio nacional, es preciso que lo contrate con la aseguradora, es decir, resulta una modalidad ampliada que exige la voluntad del interesado de que se incluya debidamente en el contrato, lo que la recurrente no llevó a cabo, y de manera expresa aceptó al firmar la póliza las condiciones y cláusulas adjuntas que el documento destaca, haciéndose constar que el «tomador declara conocer y acepta», por lo que tienen valor normativo, de conformidad al artículo 3 de la Ley del Seguro, al estar incorporadas al contrato, sin dejar de lado que no se trata de un particular, sino de una entidad mercantil que había suscrito otros seguros con la demandada, con la cobertura o sustracción en país extranjero.

No se trata de propia cláusula limitativa del riesgo, impuesta por la compañía. Resulta cobertura no contratada por decisión del propio asegurado y por ello no susceptible de aminoración o limitación al ser cobertura inexistente, por no figurar incluida en el contrato y sí más bien de cláusula delimitadora que define la cobertura en su extensión territorial, y así el artículo 53 de las Condiciones Generales establece limitaciones al contemplar el alcance de las indemnizaciones, y el 54 los supuestos de exclusión de garantías.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: MODALIDADES: FORMAL O ABSTRACTO Y CAUSAL O CONSTITUTIVO CON EXPRESION DE CAUSA; APLICACION DEL ARTICULO 1.277 DEL CODIGO CIVIL SOLO AL PRIMERO. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2002.)

En nuestro Derecho, todo reconocimiento de deuda ha de ser causal, en el sentido de que ha de tener causa porque, como regla general, no se admite el negocio abstracto, pero puede ocurrir que la causa no está indicada o lo esté solamente de forma genérica; o bien que se halle plenamente expresada, en cuyo caso resulta perfectamente conocida la fuente u origen de la obligación y la función negocial a que responde. En la primera hipótesis, a la que se le suele denominar reconocimiento de deuda abstracto o formal, es de aplicación el artículo 1.277 del Código Civil, con arreglo al que se presume que la causa existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, y la doctrina jurisprudencial consistente en que, en virtud de una abstracción procesal, se dispensa de probar al titular del derecho de crédito objeto de reconocimiento y se hace recaer el *onus probandi* sobre el obligado. En la técnica procesal se razona que se produce una inversión o desplazamiento de la carga de la prueba como consecuencia de la presunción legal (de naturaleza *iuris tantum*), aunque un sector doctrinal prefiere hablar de regla especial de prueba por no concurrir en la construcción legal todos los elementos estructurales que configuran la presunción. En el segundo caso, cuando la causa se halla plenamente expresada (lo que es independiente de si es o no verdadera —real—), y en el que se alude al reconocimiento de deuda como causal, no es de aplicación el artículo 1.277 del Código Civil porque la presunción o regla que éste contiene resulta innecesaria. En tal sentido se orienta la Jurisprudencia (entre otras, sentencias de 24 de octubre de 1994, 13 de febrero de 1998 y 27 de noviembre de 1999), sin que nada digan en otro sentido las sentencias citadas en el motivo, porque la de 24 de octubre de 1994 trata de un supuesto de reconocimiento constitutivo con expresión de causa, con independencia de que aluda a las dos clases de reconocimiento de deuda, la de 4 de marzo de 1994 se refiere a la doctrina del artículo 1.277, pero en una perspectiva de incertidumbre causal, y la de 21 de julio de 1994 versa claramente sobre un caso de reconocimiento formal o abstracto.

En el supuesto de autos resulta evidente que no nos hallamos ante un reconocimiento de deuda abstracto porque claramente se expresa la causa, al referirse a la liquidación del precio de la parte de obra ejecutada —que se entrega—, en virtud de un contrato de ejecución de obra que se rescinde (*rectius*, resuelve) por mutuo disenso. Por lo que nos hallemos ante un reconocimiento de deuda causal o constitutivo, o ante una estipulación contractual de fijación jurídica en la que se liquidan las consecuencias de una previa

relación jurídica que se extingue, y especialmente el precio, lo cierto es que resulta inaplicable el artículo 1.277 del Código Civil.

LA SUSTITUCION PROCESAL DEL ARTICULO 43 DE LA LEY DEL SEGURO.
(SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2002.)

a) Con fecha 20 de septiembre de 1996, BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, subrogándose en los derechos y acciones de GENERAL DE TUNIDOS, S. A. (GETUSA) y CANTABRICA DE TUNIDOS, S. A. (CANATUN), se persona en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el juicio declarativo de menor cuantía tramitado con el número 257/92 de los del Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de Vilagarcía de Arousa, personamiento que tenía como contenido hacer valer el derecho de la parte recurrente, toda vez que Banco Vitalicio de España, como entidad aseguradora, satisfizo a General de Tunidos, S. A. (GETUSA) y Cantábrica de Tunidos, S. A. (CANATUN) los daños de la reclamación que eran objeto del procedimiento.

b) La Audiencia Provincial de Pontevedra dicta Auto de fecha 22 de octubre de 1996, inadmitiendo el personamiento de dicho Banco Vitalicio de España, por lo que éste formalmente entabló Recurso de Súplica.

c) La Sala dicta auto de fecha 25 de noviembre de 1996, desestimatorio del recurso de súplica, que es el que se recurre actualmente.

Pues bien, efectivamente el artículo 9-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de la sustitución procesal en un determinado litigio, pero además esa posibilidad de sustitución pueda actuar *ope legis* como es la que regula el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro.

Pero sin embargo es preciso para la consecuencia de esos fines de actuación procesal, que se justifique plenamente la posición de la entidad aseguradora —que trata de sustituir— con los asegurados —los pretendidamente sustituidos—, y esa justificación aparece plenamente comprobada en los dos finiquitos que aparecen documentados en los folios 4 y 5 del rollo de la Sala, en los cuales aparecen plenamente especificados el objeto y los intervinientes, así como el número de la póliza.

Pero, aún es más, la subrogación o sustitución procesal por indicación legal no surte sus efectos *ipso facto*, es preciso que previamente la transmisión que se pretende sea alegada ante el órgano jurisdiccional y que se oiga a la contraparte, y a través de esta mecánica se otorgue o no el permiso para tal sucesión procesal. Y en este aspecto no ha sido correcta la posición del Tribunal *a quo* cuando ha basado su negativa en la falta de prueba de los requisitos necesarios para que entre en juego la sustitución procesal que ampara el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro.

COMPRAVENTA. DE CUERPO CIERTO: COSA CIERTA NO INCLUYE CONSTRUCCIONES QUE NO APARECEN MENCIONADAS DENTRO DE LA DELIMITACION DESCRITA. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 2002.)

La obligación de entregar lo vendido, conforme a los términos y condiciones de los respectivos contratos, es consecuencia de su perfección (arts. 1.258 y 1.254 del Código Civil), y el contrato de compraventa se produce, según el

artículo 1.445 del Código Civil, cuando uno de los contratantes se obligue a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto (sentencia de 18 de febrero de 1988).

Y producida la toma de posesión de la finca vendida, el recurrente pretende la inclusión de nave y patio para ganado que la vendedora niega haber comprendido y transmitido en el contrato de común aceptado. Cosa determinada no es sinónimo de cosa individualmente concretada, sino que el requisito de determinación del artículo 1.445 del Código Civil ha de ser entendido en el sentido del artículo 1.273 del mismo, cuya exégesis más autorizada distingue entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la determinación posterior producida por las partes en el propio contrato, siendo suficiente, a los efectos del artículo 1.273 y, por tanto, de 1.445 del Código Civil, que a la hora de la perfección del convenir estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos (sentencia de 9 de enero de 1995).

REPRESENTACION: DE PERSONA JURIDICA; REPRESENTACION ORGANICA Y REPRESENTACION VOLUNTARIA, REGIMEN JURIDICO RESPECTIVO.
(SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2002.)

Como quiera que la tesis latente en todo el recurso consiste en que al cesar el poderdante en su cargo de administrador único de la sociedad anónima se habrían extinguido todas las facultades del apoderado, configurándose por tanto a éste como un delegado o «subapoderado» del verdadero apoderado general de la sociedad que sería exclusivamente su administrador único, bueno será puntualizar, ya de entrada, que la jurisprudencia de esta Sala, recogida tanto en las sentencias que atinadamente cita la resolución impugnada como en otras posteriores a su fecha, distingue nítidamente entre la representación orgánica que por imperio de la ley corresponde al administrador o administradores de la sociedad y la representación voluntaria otorgada a otras personas por los órganos de administración mediante apoderamientos parciales o generales.

Consecuencia de dicha distinción es que mientras la representación orgánica se rige por la normativa correspondiente al tipo de sociedad de que se trate, la representación voluntaria para actos externos, admitida tanto por el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 como por el artículo 141.1 del Texto Refundido de 1989, se rige por las normas del Código Civil sobre el mandato y por los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio sobre el mandato mercantil. Y consecuencia de esto último, a su vez, es que subsisten las facultades del apoderado, pese a los cambios personales en el órgano de administración, mientras éste no revoque el poder válidamente otorgado en su día (SSTS de 19-2-97 en recurso 204/93, 19-1-00 en recurso 1220/95, 30-7-01 en recurso 1958/96 y 3-12-01 en recurso 2406/96).

ACCION REIVINDICATORIA CONTRA EL AYUNTAMIENTO: COMPETENCIA CIVIL, PORQUE LOS ACTORES NADA TUVIERON QUE VER CON LA

CONSTRUCCION DE LOS DUPLEX Y LA CESION DE TERRENOS AL AYUNTAMIENTO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2002.)

Es de señalar que la demanda tenía por objeto el ejercicio de una acción reivindicatoria, en base a que el Ayuntamiento, por vía de hecho, sin actuación administrativa alguna, y sin ningún tipo de indemnización, ocupó unos terrenos de 204,63 metros cuadrados de superficie, ubicados, 58 metros cuadrados en la calle el Greco de Sangonera de la Seca, Murcia, y 75,73 metros cuadrados y 71,78 metros cuadrados correspondientes a dos jardines situados en la parte lateral de dos dúplex contruidos en la citada calle y frente a la carretera Cádiz-Barcelona (N-430), terrenos todos ellos que forman parte de la finca registral, número 28.709 del Registro de la Propiedad número 6 de Murcia, de propiedad de los demandantes.

El Ayuntamiento de Murcia en el recurso de casación alega que se ha producido exceso en el ejercicio de la jurisdicción, pues el asunto corresponde a la contencioso-administrativa. Para ello basa su argumentación en que para la autorización a la construcción a doña Ana de los dos bloques de dúplex, le impusieron la obligatoria cesión de terrenos para viales y zona ajardinada; ahora bien, en el pleito no es parte doña Ana, que es la que asumió la obligación de ceder al Ayuntamiento las superficies referidas, y la acción que se ejercita en el procedimiento del que dimana el presente recurso no se refiere al acto de cesión de bienes al Ayuntamiento, sino que versa sobre la reivindicación de unos bienes al amparo del artículo 348 del Código Civil, que la parte actora entiende están comprendidas dentro de la finca de las que son titulares, con independencia de la obligación asumida por un tercero en la que la parte demandada funde su derecho, por lo que no implica violación alguna del artículo 303 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto-ley 1/92, porque la cuestión ha surgido entre los litigantes con total independencia de cualquier acto administrativo referente a la cesión de terrenos al Ayuntamiento para obtener licencia para edificar en la superficie restante, en cuanto que por parte de los actores no ha existido acuerdo o convenio alguno al que la parte demandada se refiere, y por consiguiente son completamente ajenos a cualquier actuación administrativa y ejercitan la acción reivindicatoria como titulares registrales de la finca 28.709 del Registro de la Propiedad número 6 de Murcia, y las cesiones afectan a la finca número 17610 del mismo Registro de la que es titular tercera persona ajena, a la cuestión planteada entre los litigantes, por lo que es forzoso concluir que la jurisdicción competente para conocer de la cuestión objeto de la litis es la civil, habiéndose de desestimar el motivo.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ABONO DE MEJORAS.—PROCEDE EL ABONO DE MEJORAS, PUDIENDO OPTAR EL PROPIETARIO POR SATISFACER EL MAYOR VALOR QUE REALMENTE HAYA ADQUIRIDO LA FINCA, MERCED A LAS MEJORAS REALIZADAS, EL CUAL PUEDE SER INFERIOR AL COSTO DE LOS TRABAJOS EJECUTADOS. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 2001.)

El juzgado número 3 de Chiclana estimó parcialmente la demanda y la Audiencia estimó parcialmente la apelación.

No se admite la casación. En el contrato de 1978 se estableció que, en caso de que la propiedad reclamara la finca a la terminación del contrato, no tiene el arrendatario opción a la prórroga, debiendo indemnizarle la propiedad en 2.500 pesetas por fanega desmontada. La arrendadora procedió a instar la resolución del contrato por expiración del plazo pactado, sin que el arrendatario hubiese notificado su derecho a ejercitar la prórroga como imponía la normativa anterior a la que se hallaba sometido el contrato en lo relativo a su duración, según la Disposición Transitoria 1.ª-1 de la Ley de 1980, lo que fue acogido en 1.ª Instancia y confirmado en apelación. La reclamación de mejoras hechas por el arrendatario se dejó a salvo para ejercitar el procedimiento que corresponda, que es lo que se hace en este juicio, estableciendo el Juzgado el abono de mejoras, pudiendo optar la demandada por satisfacer el mayor valor experimentado por el predio a causa de las mejoras y no se dio opción al arrendatario para continuar en el arrendamiento hasta el pago de lo adeudado por la arrendadora. El recurso se funda en el enriquecimiento injusto del arrendatario por pretender obtener una cantidad por mejoras injustificadas a juicio del recurrente, ya que excede de las rentas satisfechas por el arrendatario. Pero estas cantidades son inferiores a las que, después del contrato estableció la Ley de 1980 en su artículo 60 y siguientes, es decir, que el pacto citado restringió los derechos reconocidos al arrendatario por la ley de 1980, a la cual queda sometido el contrato que habían celebrado los litigantes, pese a ser de fecha anterior, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1.ª de la norma citada. La cláusula significó, con la vigencia de la Ley de 1980, un perjuicio para el arrendatario que, conforme al artículo 9 de la Ley, ha de ser calificada como nula y debe tenerse por no puesta. La arrendadora puede optar por satisfacer el mayor valor que realmente haya adquirido la finca, merced a las mejoras realizadas, el cual puede ser inferior al coste de los trabajos ejecutados.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—ES NECESARIA LA DEDICACION EXCLUSIVA DEL ARRENDATARIO A LAS LABORES AGRICOLAS PARA TENER LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL, NO BASTANDO LA DEDICACION PREFERENTE CUANDO LA COMPATIBILICE CON OTROS TRABAJOS. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Baracaldo estimó la demanda pero revocó la Audiencia.

No procede la casación. La Audiencia llegó a la conclusión de que, al no haberse acreditado la realidad de una explotación, no cabía aplicar los preceptos de la Ley de Arrendamientos, relativos al acceso a la propiedad. No se ha demostrado que se disponga de un conjunto de elementos destinados a una industria ganadera ni que haya llegado a obtener algún beneficio o rendimiento económico. Tampoco reúne el actor la cualidad de cultivador personal, sino la de trabajador por cuenta ajena que obtiene la totalidad de sus ingresos por trabajo personal y que únicamente dedica los ratos libres así como los días festivos al cuidado de las fincas arrendadas. La doctrina de esta Sala exige, como nota esencial al concepto de cultivador personal, la dedicación exclusiva del mismo a su actividad como arrendatario rústico, no admitiéndose la simple dedicación preferente que, para ser profesional de la agricultura, considera suficiente el artículo 15 de dicha norma. Para ser cultivador personal se requiere, so pena de desnaturalizar totalmente el concepto que el colono realice por sí mismo, de forma directa, todos los trabajos del caserío.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ACTOR TRAIA CAUSA DE SU SUEGRO, DEDUCIDA DE LOS ACTOS PROPIOS DE LAS PARTES LA REALIDAD DEL ARRENDAMIENTO, AUNQUE NO HAY DOCUMENTOS ESCRITOS, CONTINUANDO EL CONTRATO SUBSISTENTE AL PRESENTARSE LA DEMANDA DE ESTE LITIGIO. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2001.)

El Juzgado de Balmaseda rechazó la demanda y la Audiencia revocó parcialmente, admitiendo el derecho de acceso a la propiedad.

No se admite la casación. El actor, según el recurrente, no es cónyuge ni descendiente del arrendatario primitivo —era su suegro—, pero hay que tener en cuenta que el Juez resolvió positivamente que el actor traía causa de su suegro. La subrogación en el arrendamiento se produjo el año 1966 y se regía por el Reglamento de 1959, declarando la sentencia de instancia la existencia de un contrato de arrendamiento de finca rústica, del que el demandante es arrendatario, pues aunque no haya documento escrito que lo recoja, se han dado actos propios de los que se deduce su realidad tanto extraprocesal como procesal contra los que los litigantes pasivos no pueden ir, ya que le habían reconocido el carácter de arrendatario en un pleito anterior. En consecuencia, lo único que cabía plantear es si el arrendatario continuaba siéndolo, al presentarse la demanda de este litigio, y en la sentencia ha establecido la subsistencia del arrendamiento en ese momento.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—LA COMPETENCIA ES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE VALENCIA, POR SER LA MATERIA OBJETO DEL DERECHO ESPECIAL DE LA AUTONOMIA VALENCIANA: LEY DE 15 DE DICIEMBRE DE 1986, DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS HISTORICOS VALENCIANOS. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2001.)

El Juzgado número 13 de Valencia estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

No procede la casación, remitiéndose la competencia al Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Lo que se discute es si el arrendatario demandado tiene el 50 por 100 del plus valor de la enajenación del suelo urbanizable por cesar en el cultivo de la finca a causa del cambio de calificación del suelo conforme al artículo 5.2 de la Ley de 15 de diciembre de 1986, de Arrendamientos Históricos Valencianos, según falló la sentencia recurrida o, por el contrario, como dice el recurrente, carece de todo derecho por haberse instado el reconocimiento del arrendamiento como histórico después de extinguido el contrato, conforme a la Ley de Arrendamientos de 1980. No se discute que, conforme declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de septiembre de 1992, la citada Ley autonómica constituye Derecho Civil especial de la Comunidad Valenciana, de aplicación preferente al Derecho estatal, conforme al artículo 27 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad y ajustado a los términos del artículo 149 de la Constitución. Es importante la doctrina sentada, entre otros, por el Auto de 14 de marzo de 2000, que declaró la competencia del Tribunal de la Autonomía en las materias reguladas por el Derecho Civil especial o foral, propio de la Autonomía. La interpretación ha de hacerse de acuerdo con la Constitución, pero sin que esta exigencia pueda derivar hacia esta Sala la competencia para conocer del recurso de casación fundada en la infracción de Derecho Civil, cuyas posibilidades de modificación o desarrollo reconoce el artículo 149 de la Constitución y traen consigo la posibilidad de normas de Derecho Transitorio que, si se limitan a regular la vigencia de una u otra forma de Derecho Foral, serán también Derecho Civil Foral.

SUBROGACION.—SE ADMITE LA SUBROGACION, PERO LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS HISTORICOS DE 1992, VIGENTE AL INTERPONERSE LA DEMANDA DE ACCESO A LA PROPIEDAD, EXIGE LA DETERMINACION DE LA FECHA DEL CONTRATO, LO QUE NO OCURRE EN ESTE CASO. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2001.)

El Juzgado número 1 de Loja desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial declarando resuelto el arrendamiento.

Triunfa en parte la casación. La Audiencia considera que en el subrogado se da la condición de profesional de la agricultura, pero no la de cultivador personal, por lo que se pudo subrogar en la posición de arrendatario rústico. Pero el artículo 73 exige la calidad de cultivador personal «en su caso», lo que da idea de que puede reunirse por el subrogado o no, dependiendo de que el arrendatario subrogante, sea o no cultivador personal. Entonces, en caso afirmativo, ha de poseerlo porque así el subrogado tendrá el mismo carácter según el texto del citado precepto que el arrendatario subrogante. La Audiencia no declaró que el padre fuese cultivador personal, por lo que a su hijo no se le debe exigir más que la condición de profesional de la agricultura. Sin embargo no puede admitirse el recurso en cuanto al acceso a la propiedad, porque la demanda se interpuso el 4 de noviembre de 1992, cuando ya regía la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos de 10 de febrero de 1992, cuyo ámbito de aplicación exige inexorablemente la determinación de la fecha del contrato para que pueda o no calificarse como arrendamiento rústico histórico. En el recurso no figura denunciado ningún precepto valorativo de la prueba ni de la interpretación de los contratos, por lo que ha de quedar incólume aquella declaración de la Audiencia sobre la indeterminación de la fecha inicial

del contrato, lo que hace imposible su calificación de acuerdo con el artículo 1 de la citada Ley de 1992.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA ARRENDATARIA ASUMIO EL RIESGO DE QUE LA AUTORIZACION PARA LA APERTURA DEL NEGOCIO NO LE FUERA CONCEDIDO, POR LO QUE NO PROCEDE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS SOLICITADA. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Ciudad Real desestimó la reconvencción y, estimando en parte la demanda y declarando resuelto el contrato, estimando la Audiencia en parte la apelación, manteniendo la resolución y rechazando la indemnización de daños y perjuicios.

No se admite la casación. El arrendamiento era de unas parcelas para destinarlas a discoteca-bar y parking al servicio de la misma. Solicitada la licencia municipal de apertura del negocio le fue denegada, a pesar de que otro de naturaleza similar había venido siendo explotado en los años anteriores en la misma finca. La arrendataria formuló demanda pidiendo la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, lo que fue admitido por el Juzgado, aunque la Audiencia mantuvo la declaración de resolución, dejando sin efecto la indemnización de daños y perjuicios. De la prueba practicada se deduce que en las parcelas arrendadas estuvieron instalados antes negocios de discoteca-bar. En el contrato se dice que en una de las parcelas se asienta «el que fuera» negocio de discoteca-bar y, en otras cláusulas, que la arrendataria ha de obtener los permisos, licencias y autorizaciones necesarias. Es decir, que la arrendataria asumió el riesgo de que las nuevas autorizaciones no llegaran a serle autorizadas y que, por ello, dicha explotación no pudiera desarrollarse. La denegación de licencia es una imposibilidad sobrevenida no achacable al arrendador, pues la explotación había sido autorizada en años anteriores. No existe dato alguno que indique que el demandado actuara a sabiendas de que las parcelas no se podían destinar a la explotación del negocio.

INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—PROCEDE LA INDEMNIZACION, PERO PARA FIJARLA HA DE TENERSE EN CUENTA SI LA FINCA HA SIDO NUEVAMENTE ARRENDADA, YA QUE, EN CASO AFIRMATIVO, HABRIA UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DEL ARRENDADOR. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Catarroja estimó la demanda y la Audiencia estimó parcialmente la apelación.

Se rechaza la casación. La demanda pretendía la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la resolución unilateral y anticipada del arrendamiento de cuatro naves propiedad de la actora, y modificó la Audiencia en cuanto a la cantidad a abonar. No puede admitirse que el plazo haya sido fijado a favor del arrendatario sino que, según el artículo 1.127 del Código Civil, ha de presumirse establecido en beneficio de acreedor y deudor, ya que el

plazo de cuatro años asegura a la entidad propietaria la percepción de rentas cuantiosas, siendo diferente lo relativo a prórrogas previstas que favorecen a la arrendataria. Ha de entenderse que los recurrentes no podían desistir anticipadamente del cumplimiento de los compromisos contraídos, sin soportar las consecuencias legales inherentes a la inobservancia de lo pactado. Las sentencias de 18 de junio de 1993 y la de 25 de enero de 1996 limitan la indemnización al permanecer las fincas sin ser nuevamente arrendadas, ya que, en otro caso, habría enriquecimiento injusto. Arguye el recurrente que la indemnización fijada por el artículo 56 LAU es de tipo legal e imperativo, siendo irrelevante que posteriormente el arrendador haya logrado concertar nuevos arrendamientos, pero esto no es así ya que, como vimos antes, se produciría un enriquecimiento injusto para el arrendador, si se reconoce el derecho a la percepción de la totalidad de las rentas correspondientes al período incumplido del contrato anterior, resuelto por el arrendador. Si se arrienda la finca, el perjuicio desaparece o se reduce, circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para fijar la indemnización que establece el precepto.

NULIDAD DE TRASPASO.—AUNQUE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA NO MENCIONA A LA ARRENDATARIA SINO A LOS DUEÑOS, LA REVERSION AFECTA TAMBIEN A LOS ARRENDATARIOS QUE NO DEBEN SER DE PEOR CONDICION QUE AQUELLOS. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2001.)

El Juzgado número 5 de Barcelona desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. El Ayuntamiento de Barcelona formalizó el expediente de expropiación forzosa, por lo que el debate está en si se debe considerar extinguido el arriendo y por ello el arrendatario no disponía de derecho para poder traspasar a tercero. Pero sucede que la expropiación no llegó a ser definitiva, tramitándose el correspondiente expediente de reversión por medio del cual el Ayuntamiento transmitió al demandante el pleno dominio de las fincas objeto de la expropiación. Aunque la Ley especial no menciona a los arrendatarios sino a los dueños en su artículo 54, no obstante los artículos 64 y 65 del Reglamento citan tanto los bienes como los derechos expropiados, por lo que los derechos de los arrendatarios no pueden ser de peor condición, ya que si se extinguen con los del propietario, cuando éste recupera los suyos, la reversión debe proyectarse igualmente sobre aquéllos. Se trata de una expropiación que resultó truncada e incompleta, pues el arrendatario no había percibido indemnización alguna que hubiera exigido expediente incidental y no se produjo ocupación efectiva material por el ente municipal. La misma conducta del Ayuntamiento de Barcelona corrobora lo anterior pues, hecha la notificación de la intención de traspasar, no se hizo oposición a lo pretendido, dando vía libre al traspaso. En la escritura de reversión se hace constar que «esta transmisión lo es en concepto de libre de cargas y en la misma situación arrendaticia en que se hallaba el inmueble al tiempo en que fue objeto de expropiación», es decir, ocupada por diversos arrendatarios.

TRASPASO.—NO CABE MANTENER LOS DERECHOS DE TRASPASO SOBRE UN ARRENDAMIENTO EXTINGUIDO POR SENTENCIA FIRME. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 2001.)

El Juzgado de Sigüenza desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. La cuestión que se plantea es si la perfección del contrato de compraventa provoca la adquisición de la titularidad del derecho de traspaso o ésta se produce con la consumación de aquel contrato. Por impago de las cuotas de la Seguridad Social se dictó embargo de los derechos de traspaso de los locales que constituyen un restaurante; en 25 de noviembre de 1992 se produce la venta de los derechos de traspaso a la entidad demandante y, poco después, el Juzgado dictó sentencia declarando resueltos los contratos de arrendamiento sobre los locales de negocio entre los hermanos demandados, y en 25 de enero de 1993 se dictó providencia por el recaudador ejecutivo de la Unidad de Guadalajara, declarando definitiva la venta anterior por haber transcurrido el plazo que determina la LAU para hacer uso los arrendadores de sus derechos de tanteo. La adquisición del derecho de traspaso no se produce con la perfección del contrato de compraventa sino con la consumación del mismo, que se produjo el día 25 de enero de 1993. Así lo dice el artículo 33.1 LAU, que señala que la aprobación del remate o adjudicación quedará en suspenso hasta que termine el plazo señalado para el tanteo, que es de treinta días. Antes del transcurso del plazo de treinta días, se dictó sentencia declarando resueltos los contratos de arrendamiento sobre los locales, sin que quepa mantener los derechos de traspaso sobre unos arrendamientos, extinguidos por sentencia firme.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—NO SE CUMPLIO EL REQUISITO DE LA EXISTENCIA DE DECLARACION DE NECESIDAD POR EL MINISTERIO, QUE EXIGE PARA LAS CORPORACIONES DE DERECHO PUBLICO EL ARTICULO 76 LAU. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 2001.)

El Juzgado número 4 de San Sebastián estimó la demanda y declaró resueltos los contratos de arrendamiento y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación. Dispone el artículo 76 LAU que, para que las Corporaciones de Derecho Público gocen del beneficio de exención de prueba, será requisito indispensable que tenga reconocido tal carácter por Ley y además que la declaración de necesidad se haga por el Ministerio correspondiente; deberá entenderse hecha la declaración de necesidad cuando el acto administrativo haya adquirido firmeza, bien por haber sido causado por el arrendatario a quien fue notificado o porque haya finalizado la vía contencioso-administrativa, declarando bien hecha la declaración de necesidad. En los litigios de que trae causa este recurso está acreditado que en el momento de hacerse el requerimiento notarial de desalojo, así como al iniciarse los respectivos procedimientos, la resolución administrativa no era firme. No se cumplió, por tanto, el requisito de la existencia de declaración de necesidad por el Ministerio que exige el citado artículo 76, habiendo infringido la sentencia recurrida el precepto indicado.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO EXISTE NOVACION SUBJETIVA EN EL CONTRATO, YA QUE NO EXISTE CAMBIO DE ARRENDATARIO POR TRATARSE DE UNA SOCIEDAD PERSONALISTA, HABIENDO UNO DE LOS SOCIOS ADQUIRIDO LAS PARTICIPACIONES SOCIALES QUE TENIAN SUS HERMANOS. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Almansa estimó parcialmente la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. El recurrente alega que se produjo novación subjetiva en el contrato arrendaticio, al que incorporaron un derecho de opción que resultó válido, y la sentencia no atendió la pretensión en cuanto a la opción, decidiendo solamente la resolución de la relación arrendataria establecida. En escritura de 23 de octubre de 2001 cedieron los actores a sus hermanos, las participaciones de aquellos en una sociedad mercantil, pero el arrendamiento no se hizo para la sociedad sino a favor de la recurrente. Pero los hechos demuestran que no hay novación, ya que no hay pacto que autorice el cambio de arrendatario, resultando inoperante que los recibos estén a favor de la sociedad como que ésta se identifique con la recurrente, ya que se trata de sociedad personalista por la adquisición de participaciones sociales que tenían sus hermanos. No procede la tácita reconducción del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, ya que se presenta como cuestión nueva, no admisible en casación.

INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—EL EJERCICIO DEL INTERDICTO PARA PARALIZAR LAS OBRAS REALIZADAS SIN AUTORIZACION DEL PROPIETARIO, NO SUPONE ABUSO DEL DERECHO Y, POR TANTO, NO PROCEDE LA INDEMNIZACION SOLICITADA. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2001.)

El Juzgado número 15 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la anterior.

No se admite la casación. El contrato de arrendamiento de 1983 decía que la arrendataria necesitaba autorización de la propiedad para realizar obras. Cuando la arrendataria realice obras con el consentimiento de la propiedad, ésta tendrá opción, a la terminación del contrato, a recobrar la finca en la forma que se encuentre o a exigir al arrendatario que la deje en las mismas condiciones en que la recibió. Solicitada autorización para obras, la arrendadora dijo que no autorizaba las obras si no se suscribía acuerdo estableciendo incremento de renta, duración máxima del contrato y plazo de duración de las obras, a lo que se negó la arrendataria que comenzó las obras pese a la negativa, promoviendo la arrendadora interdicto de obra nueva que paralizó las obras. La recurrente alega abuso de derecho de la arrendadora, ya que las obras suponían una mejora del local arrendado y que, entre las acciones posibles, el interdicto era la peor, citando la sentencia de 15 de diciembre de 1912, que declaró procedente la indemnización de daños y perjuicios causados por la suspensión de unas obras a consecuencia de una acción interdictal. Sin embargo, las sentencias de 21 de marzo y de 4 de diciembre de 1996 dicen que la indemnización está condicionada a que la conducta de los interdictantes sea dolosa o manifiestamente temeraria, incluyendo la abusiva, arbitraria, caprichosa y las variedades que se puedan englobar en la mala fe, acreditativas

de un proceder ilícito y antijurídico, destacando la sentencia de 28 de marzo de 1998, lo excepcional de la indemnización, fundada en los artículos 7.2 y 1.902 del Código Civil, lo que ratifican las sentencias de 30 de junio de 1998 y 6 de febrero de 1999, y más claramente la de 2 de febrero de 1999, que dice que el ejercicio del derecho a la tutela jurídica efectiva, que consagra el artículo 24 de la Constitución, jamás podrá considerarse abuso de derecho. Por tanto, la desestimación del interdicto en ambas instancias no es por sí solo demostrativo de abuso de derecho. La indemnización, de ser procedente, estará fundada en el artículo 7.2 del Código Civil, debiendo resolverse cada caso, buscando el equilibrio entre el derecho a la tutela jurídica del artículo 24 de la Constitución y los citados artículos 7 y 1.902 del Código Civil, que han de aplicarse con criterio restrictivo, que comprenda únicamente los casos de promoción del interdicto con fines puramente coactivos y con el único propósito de perjudicar. En este caso, las obras se acometieron infringiendo la prohibición del contrato y la expresa negativa de la arrendadora a autorizar las obras en cuestión, sin que pueda alegarse que el interdicto sea un abuso de derecho, ya que la arrendadora acudió a los Tribunales en defensa de un interés legítimo aunque la vía elegida no fuera la más adecuada. También la recurrente, como arrendataria, podía haber acudido a los Tribunales para que se le autorizara a hacer obras en lugar de optar por la vía de hecho.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

FAMILIA

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

PATRIA POTESTAD.—GUARDA Y CUSTODIA. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Privados los padres de la guarda y custodia de sus dos hijas menores por el Departamento de Bienestar Social de la Diputación Foral de Vizcaya, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Romero Lorenzo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los padres contra la sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que había estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 6 de Bilbao, en el sentido de ampliar el horario de estancia de las hijas menores con sus padres a los sábados (antes sólo tenía lugar los domingos).

El fundamento de la sentencia para mantener la suspensión de la guarda y custodia estriba en que los padres no han justificado el imprescindible cambio, que sería necesario en sus hábitos y actitud, consistentes en su desidia y negligencia, apatía y tendencia al aislamiento e incapacidad para atender debidamente a sus hijas, que presentan un evidente retraso a nivel intelectual, sin que los mismos demuestren estar en condiciones de ejercer sobre ellas el control que requiere la carencia de autonomía propia de las mismas respecto a higiene, horarios, alimentación, etc., al objeto de que no pierdan los hábitos adquiridos socialmente al respecto.

UNION DE HECHO. DOMICILIO FAMILIAR. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002.)

En materia de filiación rige el principio *bonum filii*.

El Juzgado de 1.ª Instancia número 22 de Madrid atribuyó la guarda y custodia de la hija menor de edad a la madre, si bien ambos padres ejercerán conjuntamente la patria potestad y el uso y disfrute de la vivienda familiar a la hija en compañía de su madre hasta el 15 de febrero de 1998, asignando una cantidad por alimentos a cargo del padre, así como determinando el régimen de visitas por éste. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente la apelación interpuesta por la madre, en el sentido de que el uso del domicilio familiar atribuido a la hija será mientras dicha hija conviva con su madre y carezca de recursos propios e independientes, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el padre, manifestando que en materia de filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, rige el principio o dogma inserto en el *bonum filii*, ante el que debe ceder cualquier pacto existente entre los interesados, que es irrelevante cuando se cuestiona judicialmente una demanda sobre derechos concernientes a la hija menor de ambos contendientes, supuesto en el que serán los Tribunales los que decidan cómo y de qué forma se cumplen las garantías de aquel dogma.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL. PRESCRIPCION DE LA ACCION (ARTS. 127 Y 135 DEL CODIGO CIVIL). (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2002.)

La acción de reclamación de filiación extramatrimonial es imprescriptible, haya o no posesión de estado.

El Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Madrid estimó la acción de reclamación de filiación extramatrimonial ejercitada por los hijos de este carácter contra la viuda de su progenitor y el hijo matrimonial de ambos, sentencia que fue confirmada por la de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante, declarando que es obvio (*sic*) que la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial es imprescriptible, haya o no posesión de estado, porque:

— El artículo 131 del Código Civil se refiere a la acción de reclamación de la filiación, manifestada por la posesión de estado, sea matrimonial o extramatrimonial, y no tendría sentido que fuera imprescriptible la acción de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial (arts. 132 y 133) cuando no hay posesión de estado y fuera prescriptible si la hay.

— El artículo 131 atribuye la acción «a cualquier persona con interés legítimo», y mientras haya tal interés habrá acción, sin someterse a plazo de prescripción.

— Del artículo 1.936 del Código Civil se desprende el principio de que no cabe prescripción de aquellos derechos indisponibles, como los relativos al estado civil de las personas, que sí tienen, cuando lo determina la ley, plazo de caducidad.

FRANCISCO CASTRO LUCINI

SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICION. RESCISION POR LESION. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2001.)

Para determinar la posible lesión de la cuarta parte ha de tomarse en cuenta la cuota que legalmente corresponda al postulante de la lesión.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara haber lugar el recurso de casación interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 13 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos, confirmando así la sentencia de primera instancia:

1.º El 4 de julio de 1960, falleció en Aracena (Huelva) don Rafael L. A., en estado de casado con doña Dolores M. T., dejando cuatro hijos: doña Rosario, don Rafael, doña Dolores y doña María del Carmen L. M. Don Rafael otorgó testamento abierto ante el Notario de Aracena, don José Sánchez Somoano, el 14 de diciembre de 1950, al número 590 de su protocolo, en cuya cláusula 7.^a instituyó herederos por partes iguales a sus cuatro hijos, concediendo a su hijo Rafael el derecho de formar y elegir uno de los cuatro lotes que se hicieran del capital y que a él le correspondiera por el precio de tasación. En la cláusula 9.^a del testamento dispuso el señor L. A. que si le sobrevivía su esposa, como ocurrió, ordenaba que todo su capital permaneciera unido al de ella para que lo administrara y disfrutara, prohibiendo a los herederos le exigieran rendición de cuentas, ni la menor responsabilidad durante toda su vida, so pena de desheredación en los tercios de mejora y libre disposición. La cláusula 9.^a prohibía pleitos y cuestiones en la herencia, nombrando al efecto albaceas y contadores partidores solidarios con facultades plenas para efectuar la partición. Fallecida la esposa de don Rafael, el 27 de febrero de 1990, el 5 de junio de 1990 todos los herederos autorizan a Rafael L. M. a administrar los bienes dejados por sus padres, tanto privativos como gananciales, hasta el 30 de septiembre de igual año, comenzando tras dicha fecha las negociaciones para la partición, negociaciones en las que intervino el único contador partididor superviviente y que no hubiera renunciado al cargo, don Jesús A. A. Dada la falta de entendimiento entre las partes, don Jesús A. A. efectúa las operaciones particionales de los bienes privativos de don Rafael L. A., protocolizándolas mediante escritura pública otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Sevilla, don Rafael Leña Fernández, el 30 de julio de 1991, al número 2371 de su protocolo, cuyo contenido obra en autos».

2.º La prueba pericial de entre las practicadas a los fines del cálculo preciso del caudal hereditario, aceptada tanto por el Juzgado como por la Sala en su cuantificación económica —en lo relevante y al margen de particulares sobre la identidad y valor de determinados bienes relictos que no trascienden a esta casación—, se elevó a la suma de 892.219.626 pesetas —FJ 5.º del Juzgado y FJ 6.º de la Sala—.

3.º Las cuotas adjudicadas a cada uno de los cuatro herederos universales ascienden a las siguientes cifras:

- Lote 1.º correspondiente a doña Rosario L. M.: 222.105.652 ptas.
Lote 2.º correspondiente a doña Dolores L. M.: 192.530.687 ptas.
Lote 3.º correspondiente a don Rafael L. M.: 299.690.832 ptas.
Lote 4.º correspondiente a doña M.ª Carmen L. M.: 177.892.455 ptas.

En el litigio, según citadas resoluciones, pugnan las dos tesis encontradas de los Organos Judiciales, a saber:

a) La del Juzgado —FJ 5.º— que sostiene: «La cuarta parte de cada cuota, que caso de ser rebasada por la lesión determinaría la rescisión, es pues de 55.763.726, suma clave. Pues bien, si restamos a la cuota ideal 223.054.906, la realmente asignada a doña María Dolores, 192.530.687, vemos que su lesión asciende a 30.524.219 y no supera la cuarta parte. Si a la misma cuota ideal restamos la real de doña María del Carmen, 177.892.455, la lesión sería de 45.162.451 ptas., también inferior a la cuarta parte...».

b) La de la Sala *a quo* —FFJJ 5.º y 6.º—, se razona así: «...la determinación de la lesión en más de la cuarta parte exige la reconstrucción del acervo hereditario en su valor real, referido a la época que el precepto señala, ponderando si lo adjudicado al coheredero para el pago de su cuota no alcanza a cubrir el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le corresponda recibir con arreglo al efectivo valor de los bienes que componen la herencia, sin embargo, ha de concluirse que el artículo 1.074 del Código Civil, no establece más pauta que la necesidad de atender al valor de las cosas cuando fueren adjudicadas, por lo que considerando también como criterio necesario que la lesión no ha de determinarse respecto al valor singular de los bienes, sino en relación con el valor total de los incluidos en cada lote (STS de 16 de noviembre de 1995), estima esta Sala que para determinar la cuantía de la lesión, no sólo ha de atenderse a la diferencia que pueda existir entre el valor de los bienes realmente adjudicados y el valor de la cuota hereditaria correspondiente al heredero perjudicado, sino que también puede establecerse dicha lesión atendiendo a la misma diferencia, pero referida al heredero más beneficiado, puesto que si, en definitiva, lo que interesa en las particiones es observar la debida proporcionalidad (STS de 24 de noviembre de 1960 y 25 de febrero de 1969), tanto en el caso de que haya un heredero realmente perjudicado, como en el supuesto en que uno de ellos resulte claramente beneficiado, existe desproporción o desequilibrio, lo que necesariamente lleva consigo la lesión o perjuicio que para la rescisión exige el artículo 1.074 del Código Civil, de suerte que, de no seguirse este criterio, podría producirse el supuesto de una hipotética partición de mil millones entre diez herederos, en la que mientras que a nueve de ellos se le adjudican ochenta, a uno sólo de los herederos le corresponderían doscientos ochenta millones lo que, evidentemente, no puede ser consentido por el ordenamiento jurídico, no existiendo otro cauce para impedirlo que la rescisión por lesión del citado artículo 1.074 del Código Civil. Y en el caso de autos, a tenor de la prueba pericial practicada, cuyos resultados se aceptan, en principio, por los demandados, estima esta Sala que se ha producido la lesión o desequilibrio que justifica la rescisión de la partición que constituye la pretensión esencial de la demanda, puesto que, partiendo de los resultados de dicha prueba pericial y tomando las cifras que se reconocen en la sentencia recurrida, si la cuantía de la herencia asciende a 892.219.626 ptas., y la cuota que correspondería a cada uno de los herederos es, por tanto, de 223.054.906 ptas., se da el desequilibrio en más de la cuarta parte cuando a

la apelante se le adjudica un lote valorado en 177.892.455 ptas., mientras que el demandado don Rafael L. M. recibe bienes por valor de 299.690.832 ptas., ya que con independencia de la extraordinaria diferencia entre el haber de uno y otro heredero, que estaban llamados, sin embargo, a recibir partes iguales, don Rafael L. M. se ve beneficiado en más de una cuarta parte en relación con la cuota hereditaria que le correspondería, y ello constituye, claro es, una desproporción evidente en perjuicio de las herederas demandantes que justifica la rescisión de la partición a que se refiere este litigio, puesto que, en definitiva, como se señala por la doctrina jurisprudencial, si el perjuicio, que ha sido probado, excede de lo tolerable, la partición es rescindible...».

En el recurso del codemandado se articula como **MOTIVO PRIMERO**, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 LEC, el haber infringido la sentencia normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. En este motivo se denuncia la infracción del artículo 1.074 del Código Civil y la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala aplicable al mismo, entre las que citamos las de 31 de diciembre de 1903; 19 de abril de 1904; 25 de octubre de 1911; 18 de febrero de 1913; 16 de octubre de 1918; 5 de mayo de 1920; 17 de febrero de 1928; 28 de febrero de 1930; 23 de diciembre de 1940; 9 de noviembre de 1949; 30 de enero, 9 de marzo y 19 de mayo de 1951; 24 de noviembre de 1960; 24 de marzo de 1961; 19 de febrero de 1967; 25 de febrero de 1969; 26 de febrero de 1979; 17 de enero, 14 de febrero, 21 de marzo y 4 de diciembre de 1985; 14 de julio de 1990 y 18 de mayo de 1992. Y se agrega en su desarrollo: El artículo 1.074 del Código Civil considera como causa específica de rescisión de la partición hereditaria (independientemente de lo dispuesto en el art. 1.073), la lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas... En la interpretación de ese precepto legal —el art. 1.074 del Código Civil—, la doctrina de esta Sala ha establecido las siguientes bases:

A) Hay que tomar, como punto de partida, la totalidad del acervo hereditario, con el valor que tuviere al momento de hacerse la partición y no al del fallecimiento del causante (sentencias de 14 de abril de 1904; 17 de febrero de 1928; 16 de noviembre de 1955; 24 de noviembre de 1960; 17 de enero y 23 de marzo de 1985 y 14 de julio de 1990).

B) El concepto «lesión» hay que considerarlo bajo dos aspectos cuyas consecuencias son distintas: el primero se da cuando a pesar de existir lotes desiguales, el adjudicado al coheredero supuestamente perjudicado para el pago de su cuota, cubre el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le corresponde percibir con arreglo al efectivo valor de los bienes de la herencia (sentencia de 21 de marzo de 1985); en este caso, la desigualdad entra dentro de lo que ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia «lesión máxima tolerable» y no es causa o rescisión. Así lo recogen las sentencias, entre otras muchas, de 23-12-1940, 9-11-1949 y 17-1-1985, la última de las cuales, con cita de la de 19 de diciembre de 1967, considera que la lesión máxima tolerable no es causa de rescisión.

El segundo supuesto contempla el hecho de que la desigualdad sea tal que la lesión que con ella se produce rebasa la cuarta parte del haber del heredero atendido el valor de los bienes al tiempo de ser adjudicados. En este supuesto es cuando procede la rescisión (sentencia de 18-5-1992, que reitera las de 29-3-1958, 19-12-1967 y 7-2-1969, cuya doctrina se ha venido manteniendo

de forma invariable desde la de 31 de diciembre de 1903, pasando por las de 19 de abril de 1904, 5 de mayo de 1920, 28 de febrero de 1930, 5 de noviembre de 1949 y otras muchas hasta llegar a las de 17 de enero, 4 de febrero, 23 de marzo y 4 de diciembre de 1985). Tratándose pues de una doctrina reiterada y constante, sentada de manera inmutable durante más de un siglo... según la sentencia recurrida, la rescisión puede otorgarse cuando uno de los herederos «se ve beneficiado en más de una cuarta parte en relación con la cuota hereditaria que le correspondería» (*sic*), con lo cual se invierten los términos del artículo 1.074 del Código Civil, al contemplar como causa de rescisión el beneficio de un heredero y no el perjuicio de otro, y al razonar así la sentencia recurrida está sustituyendo la frase «lesión en más de la cuarta parte», que es la que emplea el artículo 1.074, por la de beneficio en más de la cuarta parte, presumiéndose, de tal supuesto beneficio, el perjuicio o la lesión que el legislador trató de evitar.

Este Tribunal acoge, en efecto, el motivo por las siguientes razones:

a) La recta hermeneútica de los artículos 1.073 y 1.074 del Código Civil, base de la acción ejercitada, determinan la posibilidad, por un lado, de aplicar a las particiones las sanciones generales sobre ineficacia o invalidez de los negocios jurídicos, y, entre ellas, la relativa a la rescisión como evento de ineficacia sobrevenida por perjuicio económico derivado a una de las partes, si bien con la particularidad que en los contratos sólo es posible en los casos *númerus clausus* del artículo 1.291, y nunca se contempla la rescisión por lesión, salvo la concurrencia del fraude. En cambio, en la partición hereditaria sí cabe esa rescisión por lesión, siempre que ésta supere la cuarta parte del límite normativamente impuesto. Cuáles sean las razones para esta diferencia de acoplar esa causa de rescisión a la partición y no a los negocios jurídicos, puede provenir, tras un largo acarreo histórico —que, incluso, expulsó la conocida *laesio enormis* en los contratos con ese desequilibrio en las prestaciones— de que así como en el negocio jurídico las partes intervinientes o contratantes libremente pactan lo dado y lo recibido en la partición, negocio complejo con intervenciones posibles o del *de cuius* o de otras personas ajenas —contador-partidor, albaceas, etc.—, los interesados adjudicatarios pueden verse afectados por unas cuotas en cuya integración no han participado, por lo que se les permite esa posibilidad rescisoria, siempre, claro está, que la lesión sea superior a la cuarta parte, tope, que, sin duda, es un exponente de política legislativa, que, sin dogmatismo alguno, se fija, por lo que no lo rebase es irrelevante aunque, de suyo, produzca desigualdades ciertas o desequilibrios en los lotes respectivos, porque, acaso, reducir ese monto del cuarto supondría abrir el portillo a impugnaciones sin cuento, y hasta paralizar el decurso normal particional.

b) Así las cosas, el precepto de cobertura básico en el artículo 1.074 del Código Civil señala que «podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueran adjudicadas». Y es, precisamente, en la aplicación de este precepto, en donde surge la polémica entre las decisiones de los órganos de instancia y el motivo, que, claro es, defiende la del Juzgado. Más la recta hermeneútica del artículo no puede sino confirmar la tesis de la primera instancia por los siguientes argumentos:

1. Porque el propio carácter de la acción rescisoria propende a que sea el perjudicado por el evento particional el que inste la tutela judicial impeditiva

de la lesión por él sufrida, lo que conlleva a que sea determinante que por el mismo se señale o acredite la realidad de esa «lesión» y su importe superior a la cuarta parte. Es decir, esa lesión en tanto como perjuicio o daño, funda la acción del actor que, por ello, es el lesionado o perjudicado. En principio, pues, para nada aparece en ese diseño el elemento comparativo de las otras cuotas de los demás herederos, y, menos aún, si es que existe, alguna por encima con un eventual beneficio que, claro es, puede equívocamente ser la causa detonante de aquel juicio de la acción rescisoria entablada.

2. Más la reseña de ese límite de la cuarta parte obliga a adentrarse en el otro módulo de referencia, es decir, «la cuarta parte de qué o sobre qué» porción, ha de tomarse en cuenta para su delimitación. Y aquí es donde se pueden barajar varios signos en la referencia: o con respecto al total relicto, o con respecto a las otras cuotas o la de mayor cuantía, o con respecto a la cuota que legalmente le corresponda al postulante de la rescisión. Será el propio precepto que a continuación se examina el que demuestre que es el último signo el remitido.

3. En efecto, conocida la estructura de la partición o división del caudal relicto para integrar las cuotas de todos los llamados a la herencia, a cada uno corresponderá lo señalado por la ley o por el testamento, según su cualidad hereditaria, y por tanto, como en el caso de autos, si los herederos llamados con carácter universal son los cuatro hijos del causante, que lo serán por iguales partes, esta igualdad en la atribución adjudicatoria será el signo de referencia a lo que tiene derecho *ab initio*, y sobre cuya proporción se habilitará el cauce, en cierto modo de desigualdad que permite el citado artículo 1.074. Quiere decirse, pues, que si a cada heredero en razón a ese «as» de 892.219.626 ptas., le debe corresponder la cuarta parte en teoría o cuota ideal, es decir, 223.054.906 ptas. será sobre esta cifra —de igualdad teórica vía testamentaria— sobre la que se calibrará si la cuota real asignada a la actora/apelante le lesiona o perjudica en más de la cuarta parte. Y aquí el cálculo puede hacerse por dos vías: O bien como señala acertadamente, entre otras, el motivo y la sentencia de esta Sala de 24-11-1960, comprobando «si lo realmente adjudicado a ese heredero alcanza a cubrir el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le correspondería percibir, y se agrega, porque de este modo si ha percibido por encima de esos tres cuartos, es claro que la diferencia hasta los cuatro cuartos —cuota ideal— no rebasa el tope de la cuarta parte del perjuicio relevante. O bien, la otra vía de que si la cuarta parte de cada cuota ideal —que es la misma— de 223.054.906 ptas., asciende a 55.736.726 ptas., todo lo que se asigne en la cuota real que no exceda de esta suma sería relevante para la rescisión por lesión. Y es claro que, por una vía u otra, la actora/apelante, según lo realmente percibido, no han sufrido una lesión superior a la reseñada. En efecto, a doña Carmen le corresponde, cuota ideal, 223.054.906 y se le entregan 177.892.455. Diferencia en menos 45.162.451, inferior, pues, a 55.763.726 (1/4 perjuicio legal).

Esta tesis está, además, perfectamente respaldada por una jurisprudencia destacada: «la rescisión de las operaciones particionales por lesión, siempre que su entidad económica sea superior a la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, según dispone el artículo 1.074 del Código Civil, descansa sobre la base de que el agravio en tal cuantía se haya efectivamente originado, lo que obviamente exigirá la reconstrucción del acervo hereditario en su valor real referido a la época que el precepto señala, ponderado el cual si lo adjudicado al coheredero para el pago de su cuota no

alcanza a cubrir el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir con arreglo al efectivo valor de los bienes que componen la herencia, es claro que la lesión supera el cuarto del valor de la totalidad del lote, que es el que importa —sentencias de 16 de noviembre de 1955 y 24 de noviembre de 1960—, regla de proporción respecto de la total masa partible que ha de ser referida al tiempo de la adjudicación y no al de la apertura de la sucesión o al de la demanda impugnativa; bien entendido que la averiguación del menoscabo y su importancia constituye cuestiones de hecho, necesitadas de ordinario de prueba pericial...» (sentencia de 21-3-1985).

La Sala, por lo demás, y desechando por lo razonado que en la determinación de esa cuarta parte tenga que contemplarse el monto de la cuota real más beneficiada (—en el caso de autos sobresale una demasía— por otro lado, casi, tácitamente propiciada por el testamento descrito, por el reconocimiento prevalente del recurrente según voluntad del *de cuius*) que, se repite, no lo permite la hermenéutica del artículo 1.074 del Código Civil, ha de subrayar dos asertos: el primero, la permisibilidad legal de esos desajustes o desigualdades a que se hizo mención y, en segundo lugar, lo que se cohonesto con el cometido nomofiláctico de la casación, que la solución prevalente, según lo expuesto, aunque margine, sin duda, atributos de justicia material, respeta la sanción normativa que, pese a su posible conformación propiciadora de reparos no equitativos, en cuanto es sanción *de lege data* ha de acatarse por los Tribunales, y, sin perjuicio de que pese a ello la Sala recuerde la normativa, en cierto modo paliativa o correctora de lo así acontecido inmersa en los artículos 1.061 y 1.078.

PROHIBICION DE DISPONER TESTAMENTARIA. CAUSA O MOTIVO. INTERPRETACION Estricta. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001.)

No es preciso que se exprese la causa o motivo de la prohibición. Su interpretación ha de ser estricta.

Adjudicadas al cónyuge supérstite las dos terceras partes indivisas de una finca en pago de sus gananciales y estableciendo éste en su testamento la prohibición de disponer total o parcialmente de la finca sin expresar la razón de tal prohibición, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de dicha ciudad, declarando la validez de la prohibición en cuanto a las dos terceras partes indivisas de la finca pertenecientes al testador, sin que la actual legislación exija que se exprese el motivo o la razón de tal prohibición.

FIDEICOMISO DE RESIDUO. PURIFICACION. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2002.)

El poder de disposición del fiduciario de residuo no comprende los actos a título gratuito, salvo que se haya previsto expresamente por el fideicomitente.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara no haber lugar al recurso de casación

interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, confirmatoria de la del Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de Linares, por los fundamentos que se dicen a continuación:

La relación fáctica que constituye la base de hecho de este proceso, ahora en trámite de casación, es la siguiente:

- Doña M.ª Angeles G. S. falleció en 1979, con testamento abierto otorgado en fecha 23 de noviembre de 1959, cuyas herederas otorgaron escritura de aceptación, partición y adjudicación del patrimonio hereditario en Bailén, en fecha 14 de enero de 1988; el contenido patrimonial del testamento es del siguiente tenor literal:

Establece en favor de su hijastra Encarnación D. G., un derecho real de habitación, personalismo, definido en el artículo 524 del Código Civil. Mejora a su hija M.ª de los Angeles D. G. en la parte de casa que habita la testadora en la calle María Bellido de esta ciudad, y que antes estuvo destinada a fábrica de jabón, cuya puerta de entrada a esta parte la tiene por la plaza del General Castaños. En el remanente de todos sus demás bienes, derechos y acciones, instituye por sus únicas y universales herederas por partes iguales a sus dos nombradas hijas, M.ª Pilar y M.ª Angeles, siendo sustituidas por sus respectivas descendencias. Es voluntad de la testadora que en el caso de que su hija M.ª de los Angeles falleciere sin descendencia, los bienes que no hubiera dispuesto pasen a su otra hija Pilar o a sus descendientes, por lo que nombra a ésta heredera fideicomisaria de residuo.

- La mencionada doña M.ª Angeles permaneció soltera, doña Pilar contrajo matrimonio con don Antonio N. T., de cuyo matrimonio nacieron siete hijos: Agustina, M.ª de los Angeles, M.ª Pilar, M.ª Carmen, Isabel, Elena y Antonio. Ambas viven al tiempo de interposición de la demanda y han sido demandadas.

- El mencionado don Antonio N. falleció en 1984, con testamento abierto otorgado en Bailén, en fecha 2 de julio de 1964, cuyo contenido patrimonial es el siguiente:

Lega a su esposa Pilar D. G. el tercio de libre disposición de todos sus bienes, derechos, acciones y negocios, siendo su voluntad que para pago de este legado, se le adjudique en usufructo vitalicio la totalidad de la herencia. Instituye por únicos y universales herederos, por partes iguales, a sus siete nombrados hijos, que serán sustituidos por sus respectivos descendientes o se dará el derecho de acrecer entre los mismos.

- Su hija, doña Agustina N. D. falleció en 1991, intestada y sin descendencia. En fecha 26 de agosto de 1994 se otorgó escritura de aceptación de la herencia de don Antonio N., sin hacer la partición de los bienes por los herederos, doña M.ª Angeles, doña M.ª Pilar, doña M.ª Carmen, doña M.ª Isabel Nogueras Donoso.

- En Jaén y en fecha 24 de febrero de 1993, se otorgó escritura de préstamo de Caja Rural de Jaén como prestamista a don Antonio N. D. y su esposa doña Lucía M. R., como prestatarios, constituyéndose hipoteca por doña M.ª Angeles D. G. y doña Pilar D. G. sobre dos fincas registrales que habían formado parte del caudal relicto de su madre doña M.ª Angeles G. S.

- Asimismo, en Bailén y en fecha 31 de enero de 1992, se otorgó escritura de préstamo de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, como prestamista, a los esposos don Antonio N. D. y doña Lucía M. R., como prestatarios,

constituyéndose hipoteca por doña M.^a Angeles D. G. sobre otra finca registral procedente de la herencia de su madre doña M.^a Angeles G. S.

- La primera de las mencionadas hipotecas fue ejecutada por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, entonces vigente. La segunda se mantiene al tiempo de formularse la demanda.

La situación jurídica debe analizarse partiendo de las pretensiones de la demanda. Esta fue interpuesta por doña Encarnación D. G., titular del derecho de habitación, aunque no se pretende nada en su interés, y por las hermanas doña M.^a Angeles, M.^a Pilar, M.^a Carmen y M.^a Isabel N. D. (esta última recurrente en casación) en cuyo largo suplico hay dos pretensiones principales, siendo las demás secundarias. Son: primera, la de nulidad de la aceptación y partición y adjudicación de herencia de doña M.^a Angeles G. S. por doña M.^a Angeles y doña Pilar D. G. (estas dos últimas, demandadas), plasmada en la escritura de 14 de enero de 1988, «por incluir bienes de los que la causante no era dueña y, además, haberse infringido el testamento abierto que sirve de base a la sucesión» (así se expresa en el suplico de la demanda, literalmente) y, segunda, la de nulidad de los negocios jurídicos de constitución de las hipotecas en garantía de los préstamos concedidos por la Caja Rural de Jaén y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, ambas demandadas en la instancia y partes recurridas en casación. Ambas pretensiones se apoyan esencialmente en otra, consistente en la declaración de validez de unos pactos por los que las fincas que fueron hipotecadas no formaban el caudal relicto de doña M.^a Angeles G. S., y de unos convenios y adjudicaciones de tales fincas, en nuda propiedad, a favor de las hermanas demandantes mencionadas. Tales pactos y convenios han sido expresamente declarados como no probados por las sentencias de instancia, que han razonado con detalle tal declaración.

La sentencia del Juzgado de 1.^a instancia número 3 de Linares, de 26 de diciembre de 1995, desestimó esencialmente la demanda, acogiendo pretensiones secundarias relativas a la *interrogatio in iure* que contempla el artículo 1.005 del Código Civil, cuya sentencia fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de Jaén, de 15 de julio de 1996. Contra ésta, la demandante doña M.^a Isabel N. D. ha formulado el presente recurso de casación articulado en trece motivos.

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de los motivos, procede hacer sendos pronunciamientos jurídicos sobre las dos cuestiones que se han apuntado:

- La primera, la aceptación, partición y adjudicación de bienes de la herencia de doña M.^a Angeles G. S., otorgada en escritura pública de 14 de enero de 1998, por las herederas, sus hijas doña M.^a Angeles y doña Pilar D. G., ambas demandadas, y la legataria del derecho de habitación, su hijastra doña Encarnación D. G., codemandante, cuya nulidad se pretende. Hay que tener en cuenta que esta escritura es la base jurídica de las hipotecas cuya nulidad también se pretende. Tales negocios jurídicos son válidos, porque no se ha probado acto jurídico alguno que diera lugar a la adquisición por parte de don Antonio N. T., yerno de aquella causante y esposo de doña Pilar D. G. de sendas fincas que constan en la partición y adjudicación del patrimonio hereditario; por tanto, no se puede mantener que incluyeran bienes que no formaban parte del caudal relicto. Tampoco se ha infringido —como se mantiene en la demanda— el testamento en que se basa dicha aceptación, partición y adjudicación; en él se establece un fideicomiso de residuo que, como interpreta la sentencia

de instancia, comprende todo el patrimonio hereditario que adquiere la coheredera doña M.^a Angeles D. G., pese a que ha querido aclarar que no comprende de la finca objeto de mejora, lo cual carece de trascendencia jurídica a los efectos de este proceso.

- La segunda, los dos negocios jurídicos de constitución de sendas hipotecas sobre fincas procedentes de la herencia de doña M.^a Angeles G. S., que fueron constituidas por doña M.^a Angeles y doña Pilar D. G. La validez de ambos negocios deriva de que la constituyente, en ambas hipotecas, en garantía de deuda ajena, lo fue doña M.^a Angeles, fiduciaria en fideicomiso de residuo; éste es el fideicomiso (*rectius*, sustitución fideicomisaria: se nombra un heredero, fiduciario, en primer lugar y cuando venza un término o se cumpla una condición que normalmente es su muerte, un segundo heredero, fideicomisario) en el que el fiduciario tiene poder de disposición *inter vivos* (si incluye también a disposición *mortis causa* se trataría de una sustitución preventiva de residuo) del patrimonio hereditario. En el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente (así está conforme toda la doctrina y reconoce la sentencia de 22 de julio de 1994, recogiendo jurisprudencia anterior). Pero, por otra parte, el fiduciario no es que tenga prohibidos los actos de disposición —que no los tiene— sino que la eficacia de los mismos penderá de si, por cumplirse la condición o al llegar el término, el patrimonio fideicomitado pasa al fideicomisario y éste puede impugnar aquella eficacia. En el momento de la demanda, la fiduciaria vive y el fideicomiso no se ha purificado, es decir, no se ha producido la muerte de la fiduciaria sin descendencia (*sine liberis decesserit*) y no se puede hablar de ineficacia (no es nulidad) del acto de disposición que ha realizado la fiduciaria antes de cumplirse la condición. Esta confusión se mantiene a lo largo de la demanda, donde se llega a afirmar (página 9 de la misma) que el acto dispositivo de la fiduciaria doña Pilar, «lesiona los derechos hereditarios de los restantes herederos» y es claro que no se puede hablar de derecho hereditario alguno respecto a una persona que está viva.

De los trece motivos que integran el recurso de casación, procede analizar, en primer lugar, aquéllos que se fundan en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

Los cuatro primeros plantean la misma cuestión, que es la falta de práctica de medios de prueba que habrían sido declarados pertinentes: reconocimiento judicial (el primero, que alega infracción del art. 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pericial (el segundo, por infracción de los arts. 578, 610 y 626 a 632 de la misma ley), documental (el tercero, infracción de los arts. 596.4.º y 597.4.º), y testifical (el cuarto, infracción del art. 578 en relación con el 646). Estos motivos se desestiman, en primer lugar, porque a la vista de las actuaciones y de las resoluciones dictadas, no aparece —ni se alega siquiera— el interés que pudieran tener para resolver las cuestiones planteadas, por lo cual, mal puede pensarse en que la no práctica de tales medios de prueba pudiera haber dado lugar a la indefensión, esencial para admitir estos motivos de casación, por lo que, precisamente, el Ministerio Fiscal ha interesado en su dictamen la inadmisión. En segundo lugar, se desestiman porque la transgresión que se alega, hecha en primera instancia, no aparece que se haya

reproducido en segunda, como así exige el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo noveno denuncia infracción de los artículos 359 y 372.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 248.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 120.3 de la Constitución Española. En su desarrollo se hace referencia a cuestiones de fondo relativas a la aceptación, partición y adjudicación de bienes hereditarios otorgada en escritura pública por las codemandadas doña M.ª Angeles y doña Pilar D. G., pero no se plantea cuestión alguna sobre incongruencia (art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sobre la forma de la sentencia (art. 372.2.º de la misma Ley y 248.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) ni, mucho menos, sobre la motivación de la misma (art. 120.3 de la Constitución Española), por lo que el motivo debe ser desestimado.

También se fundamenta en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo séptimo, pero no tiene sentido porque se integran entre los motivos sexto y octavo que se refieren, los tres, a un tema de fondo relativo a la accesión invertida. No se expresa en qué sentido o en qué forma se han infringido normas procesales, por más que se enumeren las mismas normas que se denuncian como infringidas en el motivo noveno.

Se examinan a continuación los motivos sexto y octavo, pues ambos, fundamentados en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refieren a una cuestión ajena al planteamiento de la litis. Alegan infracción del artículo 361 del Código Civil (motivo sexto) y de la jurisprudencia (motivo octavo) acerca de la accesión invertida; se basan en el hecho de que el padre de las hermanas demandantes doña M.ª Angeles, M.ª Pilar, M.ª Carmen y M.ª Isabel, don Antonio N. T., fallecido en 1984, había construido edificaciones en la finca de doña M.ª Angeles G. S., que luego ésta transmitió *mortis causa* a sus hijas doña M.ª Angeles y doña Pilar D. G., esta última esposa de aquél y madre de aquéllas.

Ambos motivos se desestiman. Ante todo por la confusión que aparece en el desarrollo del motivo sobre el concepto de accesión invertida: ésta se produce sólo en casos de construcción extralimitada, en que el dueño de un terreno construye en él, pero invade parcialmente el terreno limítrofe; la construcción queda en parte en terreno propio y en menor parte en terreno ajeno; no estando contemplada por el Código Civil la ha resuelto la jurisprudencia según el que se ha extralimitado en la construcción haya actuado de buena o de mala fe, desde la primera sentencia de 30 de junio de 1923 hasta las numerosas que se han dictado en los tiempos actuales, como las de 27 de enero de 2000 y 15 de marzo de 2000. No es éste el caso presente: don Antonio N. no se extralimitó, sino que construyó en suelo ajeno de la madre de su esposa, y se aplica el principio *superficies solo cedit* que consagra el artículo 358 del Código Civil: *Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*; uno de cuyos artículos siguientes es el 361, que contempla la construcción en suelo ajeno con materiales propios de buena fe y concede al propietario del suelo una opción que nunca se ha planteado en el presente caso y en este proceso.

Lo cual enlaza con otra razón para la desestimación de ambos motivos: se trata de una *cuestión nueva*; en la demanda no se menciona como hecho y como fundamento de derecho se cita, sin más, el artículo 360 del Código Civil que nada tiene que ver; en el resumen de pruebas se hace una mención, simple-

mente, sin más, a la accesión. Lo que está claro es que no se plantea como *causa petendi* ni se incluye en el suplico de la demanda. Y, como cuestión nueva, que se alega y razona por primera vez en casación, no cabe admitirse: tal como ha dicho las sentencias de 14 de junio de 2000, 4 de diciembre de 2000, 15 de diciembre de 2000 y 31 de mayo de 2001, *el plantear en casación una cuestión nueva atenta al derecho de tutela judicial efectiva de la otra parte, que no puede emplear medios de defensa y, reiteradamente, esta Sala lo ha proscrito*.

De las dos cuestiones jurídicas esenciales en el presente proceso y que en líneas anteriores se han distinguido, la primera es relativa a la validez del *negocio jurídico de aceptación de la herencia* de doña M.^a Angeles G. S., y a la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, otorgada en escritura pública por sus hijas doña M.^a Angeles, heredera fiduciaria, y doña Pilar D. G., heredera fideicomisaria y heredera pura, y por su hijastra, doña Encarnación D. G., legataria de derecho real de habitación, en fecha 14 de enero de 1988.

Se ha mantenido en la demanda que no era válido por incluir bienes de los que la causante no era dueña y por haberse infringido el testamento abierto que sirve de base a la sucesión. Ambos argumentos han sido rechazados por la sentencia de instancia, que ha desestimado la pretensión que se hacía en la demanda de nulidad de la escritura (*rectius*, de ineficacia del negocio jurídico plasmado en la escritura). En los motivos quinto y décimo se reproducen ambos argumentos para insistir en la ineficacia de aquel negocio jurídico; los dos motivos se fundamentan en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ambos deben desestimarse.

El motivo quinto alega la primera subcuestión: la ineficacia del negocio jurídico de aceptación, partición y adjudicación por incluir bienes de los que la causante no era dueña, ya que había mediado anteriormente (no se menciona fecha alguna) un pacto verbal de transmisión de aquella causante, doña M.^a Angeles G. S. a su yerno don Antonio N. T. Pero sobre este pacto verbal, la sentencia de instancia ha declarado expresamente que «no hay prueba en este procedimiento del dominio que se postula»; reconoce dicha sentencia que hubo algún pacto, pero que carece de eficacia transmisiva de la propiedad al no reflejarse documentalmentemente, no dar lugar a su inscripción en el Registro de la Propiedad y no provocar la modificación del testamento. Es decir, no fue un acto dispositivo del que no alega su naturaleza: si fue donación, no se cumplió el elemento de forma que exige el artículo 633 del Código Civil; si fue a título oneroso, no aparece ni se vislumbra la reciprocidad de prestaciones. Fue, tal como se desprende de la relación fáctica de la sentencia, que se recoge en este motivo del recurso, una expresión a la que no quisieron dar efectos jurídicos, o en otras palabras, un acuerdo que las partes no elevaron a acto dispositivo con trascendencia jurídica. Por tanto, no se da infracción alguna del artículo 1.278 del Código Civil como se dice en el recurso.

El motivo décimo se refiere a la segunda subcuestión: la ineficacia del mismo negocio jurídico por infracción del testamento en que se basa tal negocio. Ciertamente, el testamento es la ley de la sucesión y el testador el soberano de la misma, por lo que es esencial la correcta interpretación del mismo, tal como contempla el artículo 675 del Código Civil, pero este artículo no ha sido infringido por la sentencia de instancia y el motivo se desestima. En aquel negocio jurídico, las herederas hacen una «aclaración al testamento» y entienden que el fideicomiso de residuo impuesto a doña M.^a Angeles D. G. no comprende el prelegado constitutivo de mejora. La parte recurrente —demandante en su

día— impugna dicha «aclaración», y la sentencia recurrida así lo hace y declara explícitamente que «el fideicomiso de residuo constituido, no lo era sólo en los bienes de libre disposición, sino que abarcaba también a la mejora». No se entiende, pues, que se alegue que la sentencia de instancia ha infringido aquella norma. Distinto es el tema que dicha «aclaración» en nada influye, carece de trascendencia jurídica por razón de los demás argumentos que han hecho desestimar la demanda respecto a esta cuestión de la validez del negocio jurídico de aceptación, partición y adjudicación de herencia.

La segunda cuestión esencial que se ha planteado en la litis es la validez y eficacia de las hipotecas que constituyeron doña M.^a Angeles y doña Pilar D. G. para garantizar deudas ajenas. Desestimada la demanda en este extremo, se examinan el resto de los motivos que al mismo se refieren, todos ellos fundados en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el motivo undécimo se denuncia la infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que proclama el principio de legitimación registral como expresión de la presunción de exactitud registral a favor del titular inscrito. Por más que en el desarrollo del motivo se hacen consideraciones sobre la situación fáctica de las fincas hipotecadas, a la que no alcanza aquel principio y aquella presunción, dicha norma no juega, en el presente caso, a favor de la parte recurrente, sino a favor de las codemandadas mencionadas, herederas que eran las titulares registrales de las fincas que hipotecaron y, precisamente, por el principio de legitimación registral, combinado con el de tracto sucesivo, se pudieron constituir hipotecas inscritas en el Registro de la Propiedad.

El motivo duodécimo, también fundado en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción de la jurisprudencia acerca del poder de disposición del fiduciario de residuo. Tiene razón la parte recurrente en que no comprende los actos de disposición a título gratuito, si no lo ha previsto explícitamente el fideicomitente; no tiene razón en lo que a las consecuencias se refiere y por ello se desestima el motivo. La consecuencia que pretende la parte recurrente es la declaración de nulidad (*rectius*, ineficacia) de los negocios jurídicos de las hipotecas en la parte que alcanza a bienes fideicomitidos. El fideicomiso de autos es de *residuo* y *sine liberis decesserit*, por lo cual pende de la condición de que la fiduciaria fallezca, y fallezca sin hijos; mientras no ocurra esta doble situación, con naturaleza de condición, es la titular de los bienes y, como tal, puede disponer de los mismos. Otra cosa sería que, una vez purificado el fideicomiso, la fideicomisaria y, como tal adquirente ejercitara —si procede— acción para reclamar la adquisición del patrimonio fideicometido, libre de cargas posteriores al momento del fideicomiso, lo que coincide con el momento de la apertura de la sucesión —muerte— de la fideicomitente doña M.^a Angeles G. S.

PARTICION HEREDITARIA. MEJORAS. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 2002.)

Reclamado en la partición de la herencia el importe de las mejoras efectuadas por el coheredero arrendatario, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos de casación interpuestos por cada una de las partes contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia

Provincial de Valladolid que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha ciudad, salvo el incremento en la suma a percibir por determinados coherederos, declarando que calificando el arrendamiento como de negocio o industria y no de local, la obra que bajo cubierta del edificio realizó el arrendatario para vivienda no puede considerarse mejora y no es indemnizable, pues el arrendatario era consciente de que se trataba de obra ajena a éste, en terreno ajeno y el conocimiento objetivo de que no se construye en terreno propio es el sentido de la mala fe a que se refiere el artículo 362 del Código Civil, sin que se aplique aquí el artículo 434 ni el 453 ni, mucho menos, el 361. Tampoco se aplica, por lo dicho, el artículo 487 y su remisión del artículo 1.573 del Código Civil, que se refiere a las mejoras en el objeto del arrendamiento, no fuera de él.

DONACION. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA CONDICIONAL. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2002.)

La expresión «descendientes legítimos» y «descendientes» comprende a los adoptivos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación formulado por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de Gandía, conforme a los siguientes fundamentos:

El problema jurídico —muy concreto— que aquí se plantea parte de un contrato de donación, otorgado en escritura pública de 8 de noviembre de 1965, en el que son donantes los cónyuges don Manuel P. J. y doña Patrocinio P. B., es donatario su hijo (adoptivo) don Ramón P. P., y el objeto son varias fincas de propiedad ganancial de los donantes. La donación se califica de condicional, con prohibición de disponer: a la muerte del donatario las fincas pasarán a sus descendientes legítimos; si fallece sin dejar descendientes, a sus padres, donantes; si éstos le han premuerto, pasará la mitad a un grupo de sobrinos (del padre, donante) y la otra mitad, a otro grupo de sobrinos (de la donante, madre).

Los donantes premurieron al donatario. Este fallece en 1990 dejando un hijo (adoptivo); lo cual plantea la cuestión jurídica: *si el hijo adoptivo adquiere los bienes o si, al no ser descendiente biológico, los deben adquirir los sobrinos*. Un grupo de éstos, el primero, ha formulado la demanda, que ha sido estimada en primera y segunda instancia. La parte demandada ha interpuesto el presente recurso de casación.

Ante todo, debe ser calificado aquel contrato correctamente. No se trata de una donación condicional (aparte de la reversión, que quedó frustrada por premoriencia a favor de los donantes), sino de una *sustitución fideicomisaria condicional* con doble condición: *si cum liberis decesserit*, si muere con hijos, éstos serán los fideicomisarios; *si sine liberis decesserit*, si muere sin hijos, serán fideicomisarios los sobrinos (a falta de los donantes, los padres); el donatario fiduciario lleva implícita su falta de poder de disposición.

Ciertamente el Código Civil sólo regula la sustitución fideicomisaria en la herencia o el legado dispuesto en sucesión testada (arts. 781 y 789); no así en Cataluña, en que tanta importancia tuvieron: reguló expresamente en la Com-

pilación de 1960 la sustitución fideicomisaria en testamento y codicilo, en heredamiento y en donación (art. 162) y se mantiene en el actual Código de Sucesiones de 1991 (art. 180). Sin embargo, cabe establecerse en el contrato de donación regulado en el Código Civil en base al principio de autonomía de voluntad, esencial en Derecho de Obligaciones y proclamado explícitamente en el artículo 1.255; además de que viene referida, con terminología impropia, en el artículo 641.

En este caso, se cumplió la primera condición: el fiduciario falleció con un hijo —*cum liberis decesserit*—, por lo que éste es el fideicomisario, adquiere los bienes y el fideicomiso se purifica. El problema —como se ha apuntado— es que es hijo adoptivo y los demandantes estiman que se cumple la segunda condición: *sine liberis decesserit*.

Este problema debe resolverse aplicando, no tanto la interpretación literal del texto de la donación o de la voluntad concorde de las partes en ella intervinientes, sino la interpretación que debe darse al concepto de hijo, en el año en que debe aplicarse, 1990, en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria.

En tal momento, la legislación vigente es el Código Civil reformado por imperativo de la Constitución de 1978. Así, el artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación *por razón de nacimiento*, lo que reitera el artículo 39 al declarar la protección integral de los hijos, *iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación* y recoge el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: *la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos...*

No debe, pues, hacerse discriminación contra un hijo adoptivo y así lo entendió esta Sala que, en sentencia de 6 de febrero de 1997, negó la revocación de donación por supervivencia de hijos, por razón de que el donante ya tenía un hijo, que era adoptivo.

Tal como se ha expuesto, éste es el criterio que debe mantenerse, el que ha mantenido anteriormente esta Sala y el que reitera ahora.

En consecuencia, se acoge el motivo cuarto que alega la infracción del artículo 1.281.1.º del Código Civil, argumentando literalmente que, «*es obvio que a la fecha de 1990, cuando ocurrió el óbito del donatario, dado el tenor literal del artículo 108 del Código Civil que consagra la plena equiparación entre la filiación matrimonial y la adoptiva, en el término descendencia legítima se debe incluir, sin duda, la adoptiva, tal como ocurría también en 1965*».

COMENTARIO

La sentencia plantea y resuelve dos principales cuestiones. La primera, si es posible ordenar una sustitución fideicomisaria condicional en una escritura de donación; y la segunda, si la expresión «descendientes legítimos» comprende a los adoptivos. Ambas les responde afirmativamente. En cuanto a la primera, invoca los siguientes argumentos:

— La interpretación amplia —*minus dixit quiam voluit*— de la institución que nos ocupa, que tiene ejemplos, como la falta de regulación del poder en el Código Civil aplicándose las normas del contrato de mandato. A un acto unilateral se aplican las de otro acto bilateral y en el presente caso es a la inversa, a un acto bilateral —donación— se aplican las normas de una institución regulada

en un acto unilateral (testamento). Por ello, no constituye impedimento el que la sustitución fideicomisaria se regule en materia sucesoria.

— La aplicación de la sustitución fideicomisaria a la donación en la Compilación catalana. Esta consideración viene a confirmar el criterio ya expuesto hace muchos años por el insigne maestro don Federico de Castro, consistente en que, en vez de ampliar desmesuradamente las respectivas Compilaciones forales, sería más conveniente aunar los esfuerzos dirigidos a lograr un Código Civil único, generalizando aquellas instituciones forales convenientes y quedando fuera del mismo sólo aquellas otras especialísimas y genuinas de cada región.

— El principio de autonomía de la voluntad proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil.

— La referencia efectuada por el artículo 641 del Código Civil a las sustituciones testamentarias, cuyos límites declara aplicables a las donaciones.

A las que pudiera añadirse la interpretación de la presunta voluntad de los donantes en sentido espiritual —compartida, no precisa decirlo, por el donatario— que debe prevalecer frente a una interpretación puramente literal.

La segunda cuestión se resuelve en base a la igualdad constitucional entre todos los descendientes, reflejada en el artículo 108, párrafo 2.º del Código Civil y en la equiparación de los hijos adoptivos a los biológicos en materia sucesoria.

Continúan siendo útiles en esta materia los estudios de ROCA SASTRE, *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, Barcelona, 1948, y *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» en el Código Civil*, Madrid, 1956, y VALLET, «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit*, en el Derecho de Castilla y en el Código Civil», en el *Anuario de Derecho Civil*, 1956, IX-3, págs. 783-860.

ACCION DE PETICION DE HERENCIA. PRETERICION INTENCIONAL. ARTICULOS 806 Y 807.1.º DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2002.)

La acción de petición de herencia implica la declaración de heredero y la atribución de la cuota correspondiente.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid declaró legitimarios preteridos intencionalmente a los hijos extramatrimoniales del testador, con derecho a su legítima estricta, reduciendo la institución de heredero a favor del hijo legítimo; sentencia que fue revocada por la de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, manteniendo la declaración de herederos preteridos intencionalmente, pero debiendo ejercitar en el procedimiento correspondiente las acciones que estimen convenientes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los hijos extramatrimoniales, actores y apelantes contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que anula y casa, confirmando la dictada por el Juzgado, que hace suya con todos sus pronunciamientos, porque:

— Existe una preterición intencional, consistente en la omisión de los legitimarios —hijos extramatrimoniales— en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nunca nada en concepto de legítima del causante.

— Su efecto consiste en reducir la institución de heredero en la misma medida que la desheredación injusta (arts. 806 y 851 del Código Civil), pues el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta o corte, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano en su sucesión, fue el privarle del todo y si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir.

— En su virtud se le debe atribuir la cuota legitimaria estricta en la herencia del testador directamente, como hizo la sentencia del Juzgado, sin necesidad de ejercitar una nueva acción en un proceso ulterior, como mantiene la sentencia de la Audiencia. La determinación de los concretos bienes a adjudicar en pago de su cuota legitimaria se especificará materialmente en ejecución de sentencia.

En cuanto a la acción de petición de herencia se ha tratado en la doctrina como la que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia y se ha ampliado en la jurisprudencia a la que ejercita la persona para que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde. Este es el caso que contempló la sentencia de 6 de noviembre de 1998, en que se pidió y se dio lugar a ser declarado heredero y asimismo se ordenó «llevar a cabo la partición de la herencia por los trámites de la testamentaría, adjudicándose al actor la cuota correspondiente». Y este es el caso presente, concluye el Supremo.

ACEPTACION TACITA DE LA HERENCIA. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2002.)

No suponen aceptación tácita de la herencia la solicitud de la declaración de herederos abintestato ni la retirada de la entidad bancaria por el cónyuge superstita, existiendo régimen de separación de bienes de la total cantidad depositada por ambos cónyuges como cotitulares indistintos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José de Asís Garrote, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelado contra la sentencia de la sección vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, que había revocado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Alcobendas, conforme a los siguientes fundamentos de los que resultan claramente los hechos que dieron lugar al litigio:

Las demandadas recurren la sentencia de segundo grado que, revocando parcialmente la del Juzgado, ha dado lugar en parte a la demanda, promovida por la mercantil Kovo, S. A., inicialmente, contra el esposo y padre de aquéllas, don Severino B. M., fallecido el 25 de julio de 1990, antes de contestar a la demanda en reclamación de una deuda producida a consecuencia de las relaciones comerciales mantenidas por esta sociedad mayorista en el negocio de aves y huevos, con el minorista anteriormente citado señor B., el cual había fallecido en accidente de tráfico, por lo que se personaron separadamente, la viuda y las hijas de aquél, estas todas, a la sazón, menores de edad, por lo que lo hizo en su representación la madre que ostenta la patria potestad sobre las mismas. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto, tanto por lo que respecta a la viuda como a las hijas, por falta de legitimación pasiva; en cambio, la aquí recurrida, que revocó en parte la de primera instancia, confirmando por una parte, con la absolución

de la viuda, pero por el contrario, la revocó respecto a la reclamación, efectuada a las hijas, por entender que éstas, como herederas abintestato de su padre señor B. M., según se declaró en auto del Juzgado de 1.ª instancia número 1 de Alcobendas, de fecha 18 de octubre de 1990, en expediente de Jurisdicción Voluntaria seguido con el número 383/90, a instancia de la madre de las menores doña Elena A. S., por entender que las herederas habían aceptado tácitamente la herencia (art. 999), al haber dispuesto la citada señora, al día siguiente de la muerte de su esposo, de 14.180.000 pesetas, que constituía prácticamente la totalidad del saldo en la cuenta corriente abierta en la sucursal del BBVA de la localidad de Alcobendas, suma que correspondía al fallecido, en atención a que doña Elena A. S. carecía de profesión especial, el régimen matrimonial era el de separación de bienes, procediendo los ingresos familiares del negocio de aves y huevos que explotaba su marido, por lo que a pesar de que la entidad actora no hiciera uso de la facultad que otorga a los litigantes el artículo 1.005 del Código Civil, era clara la aceptación pura simple de la herencia hecha por la representante legal de las menores, en cuanto que entiende, además, que la aceptación de la herencia es una actuación para la que está facultada la madre de las menores, por no estar comprendida en ninguna de las prohibiciones del artículo 166 del Código, y no existir conflicto de intereses al que se refiere el párrafo último del artículo 163 del referido texto legal. Por lo que estando acreditada la deuda del padre, que reclama el proveedor, las herederas deben responder de las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también los suyos propios de acuerdo con el artículo 1.003 del citado texto legal.

En el primer motivo del recurso al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, alega infracción por no aplicación del artículo 1.003 del Código Civil, en atención a que nuestro ordenamiento jurídico, no se sucede al causante por el mero hecho del fallecimiento, sino como dice el precepto indicado, por la aceptación pura y simple, y desde que se produce ésta, es a partir de la cual cuando los herederos quedan obligados a responder de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino con el propio patrimonio de los herederos, y esta aceptación no se ha producido.

Ha de estimarse el motivo.

La sentencia impugnada, partiendo de la existencia de una aceptación tácita de la herencia, deducida del hecho, que ha tenido por probado, del reintegro por parte de doña Elena A. S., madre de las menores recurrentes, de una importante cantidad en efectivo de lo que constituye gran parte del haber del caudal hereditario que tenían depositado en cuenta corriente en la sucursal del BBV de Alcobendas que, en tesis del Tribunal de instancia, en forma alguna, se podía haberlo hecho si no fueran herederas del padre las hijas representadas por la señora A., por lo que si ha dispuesto de esa suma considerable de dinero, lo hizo en atención a que los bienes del marido pertenecían a sus hijas, de las cuales, ella era la representante legal, y por consiguiente el Tribunal de instancia dedujo que estos actos dispositivos del patrimonio del padre implicaba la aceptación de la herencia por la persona que podía hacerlo en nombre de las hijas, ya que éstas, por razón de la edad, no tenían capacidad legal para ello, actos dispositivos que necesariamente implica la voluntad de aceptar, que ha de considerarse comprendida dentro del supuesto del párrafo segundo del artículo 999 del Código Civil para entender que las herederas aceptaban tácitamente la herencia de su padre.

Estos razonamientos de la sentencia recurrida no se compaginan con la normativa legal, ni con la jurisprudencia, pues aunque es cierto que de acuerdo con el artículo 999 existen dos formas de aceptar la herencia pura y simple, a saber: la expresa, que se hace mediante documento público o privado, y la tácita, la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no había derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Descartada la aceptación expresa, lo que se discute en este motivo es si se puede apreciar la aceptación tácita por el hecho de que al día siguiente de la muerte en accidente del marido, la mujer obtiene el reintegro de prácticamente la totalidad del saldo de la cuenta corriente que ambos cónyuges tienen abierta en la sucursal del BBV de Alcobendas, de la que pueden disponer indistintamente ambos titulares. Es evidente, que el reintegro de la casi totalidad del saldo lo obtuvo en consideración a la cotitularidad que ostentaba la señora A. en la cuenta y a la facultad de disponer de los fondos en su propio nombre y derecho, y no como erróneamente entiende la sentencia recurrida como representante legal de sus hijas herederas de los bienes de su padre, el otro titular de la cuenta, y ello porque tal reintegro y en esa consideración no podía haberse efectuado en esa fecha, en cuanto que las vocadas a la herencia no fueron declaradas herederas abintestato hasta fechas más tarde, el 18 de octubre de 1990, por auto del Juzgado de 1.ª instancia número Uno de Alcobendas, por lo que difícilmente pudo alegar ante el Banco la madre de las menores, al reintegrarse de 14.180.000 pesetas la representación legal de las herederas cuando aún no habían sido declaradas como tales, por lo que hay que concluir que el reintegro lo obtuvo la señora A. S. en su condición de cotitular de la cuenta, en su propio nombre y derecho de acuerdo con el contrato de cuenta corriente, por lo que la actuación tenida por probada en las sentencias de instancia del reintegro de una cantidad importante de dinero del banco en que estaba depositado, no está comprendido dentro del supuesto del párrafo tercero del artículo 999 del Código Civil, ya que ese reintegro pudo realizarlo la madre sin invocar la representación legal de sus hijas menores, es más, si invoca la misma, el banco no da lugar al mismo sin que le acredite la calidad de herederas de las hijas a que representa, lo que no podía hacer hasta fechas posteriores en que se obtuvo la declaración de herederos abintestato, por lo que como ya se dijo más arriba, si la señora A. obtuvo el reintegro de esa cantidad, lo fue por ser titular de la cuenta, por lo que esa actuación consiguiente no implica un acto realizado por los llamados a heredar el patrimonio del señor B., padre de las demandadas, aunque lo haya efectuado su representante legal, y en su virtud no implican de forma alguna la aceptación tácita del artículo 999 del Código Civil.

Por otra parte, no es un hecho baladí, como parece deducirse en la sentencia de apelación, que ante la oposición de los demandados a la demanda, alegando la falta de legitimación pasiva por falta de aceptación de la herencia, la entidad actora, para evitar la situación de incertidumbre, no hiciera uso de la facultad concedida a terceros, de solicitar al Juez que instara a los herederos para que en plazo de treinta días hagan su declaración al respecto sobre la aceptación de la herencia, percibiéndoles para que si no lo hacen, transcurrido ese término se entenderá que la aceptan, porque con ello se había evitado el problema que ahora y después de transcurrido mucho tiempo se resuelve. Ni tampoco tiene trascendencia alguna en orden a tener por aceptada tácitamente la herencia el hecho de que se hubiera solicitado en expediente de jurisdicción voluntaria para la declaración de herederos, porque esto

supone, en el «iter» sucesorio, un estadio anterior y distinto al otro posterior de aceptación de la herencia.

COMENTARIO

Patrocina esta sentencia una interpretación restrictiva de aquellos actos que pueden implicar aceptación tácita de la herencia. Considera la titularidad indistinta en una cuenta corriente como suficiente para que el cónyuge sobreviviente pueda disponer de la total cantidad depositada conforme a un criterio formalista protector del tráfico mercantil que aparece ya en el artículo 1.385, párrafo 1.º del Código Civil, respecto a los bienes gananciales. Todo ello con independencia de las posibles responsabilidades civiles y tributarias en que pudiera incurrir el disponente respecto a los sucesores del premuerto (sobre todo si son menores de edad) y la Hacienda Pública. Precisamente para cubrirse en este supuesto, las entidades bancarias suelen exigir una declaración escrita de que vive el otro cotitular. Todo ello conforme a presunción del artículo 1.441 del Código Civil.

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS. POSESION CIVILISIMA. (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 6 de esta capital, argumentando que al haber ocurrido el fallecimiento del anterior titular del título y causante de la herencia, el 23 de mayo de 1978, por tanto, antes de la entrada en vigor de la Constitución Española, no es aplicable el artículo 14 de la misma y que desde el momento de la muerte del causante no sólo existe el derecho a solicitar el título nobiliario, sino un derecho al mismo, transfiriéndose al heredero por ministerio de la ley, la posesión civilísima acogida en la Ley 45 de Toro, que, por otra parte, no es incompatible con la adquisición del título por prescripción en base a una posesión inmemorial. Todo ello sin necesidad de recurrir a la nueva doctrina jurisprudencial —del Tribunal Constitucional y de esta Sala— sobre la preferencia de la masculinidad en la designación de sucesor a un título nobiliario.

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS. REGIMEN. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

El orden de sucesión en los títulos nobiliarios se rige por lo dispuesto en la carta de concesión y, en su defecto, por las normas de sucesión en los mayorazgos regulares establecido en las Leyes de Toro.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 38 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Dice la sentencia de 11 de mayo de 2000 que, «la jurisprudencia vigente de esta Sala se recoge en numerosas sentencias (cinco de 11 de diciembre de 1997, cuatro de 12 de diciembre del mismo año y tres del día 13 del mismo mes y año, y por último el Auto de 2 de junio de 1999) y así se ha reiterado que la sucesión de los títulos o dignidades nobiliarias se rige por el orden regular que tradicionalmente se ha seguido en la materia, a tenor de lo preceptuado en Las Partidas, Ley Segunda, Título XV, Partida 2.ª, artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, en cuanto se remite al artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, y siempre, obvio es, en defecto de lo dispuesto en la carta de concesión del mismo, cuando, en efecto, existe un orden específico para suceder en dicha carta». La sentencia de 20 de junio de 1987 establece que «el Decreto de 4 de junio de 1948, por el que se desarrolla la Ley de 4 de mayo anterior sobre grandezas y títulos nobiliarios, en su artículo 5.º dispone: “El orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia”. El orden “tradicional” no es otro que el que rigió para los mayorazgos regulares desde la promulgación de las Leyes de Toro (1505) que, por primera vez, reconocen y regulan esta institución (Leyes 27 y 40 a la 46) de forma distinta a como lo hicieron las Partidas para la sucesión a la Corona, supuesto que aquéllas permiten que el fundador establezca el orden sucesorio y las condiciones que tenga por conveniente, cuya voluntad será “ley en la materia”, y para el caso de no disponer nada respecto al citado orden, se aplican los principios de primogenitura y representación tanto en las líneas rectas descendentes como en las colaterales, perfilándose así un orden totalmente distinto al regulado en la Ley de Partidas»; y añade que «según apuntó esta Sala, en sentencia de 7 de julio de 1986, “en los títulos nobiliarios —expresa la importante sentencia de 8 de abril de 1972— se sucede con arreglo a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación, conjugados con los siguientes criterios preferenciales: en primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefiere y excluye el de los ascendientes y el de éstos a los colaterales; en segundo lugar, la línea anterior prefiere y excluye a las posteriores; en tercer lugar, el más próximo en grado excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea (y salvando siempre del derecho de representación); en cuarto lugar, en igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer; en quinto lugar, en igualdad de línea, grado y sexo, el de más edad prefiere y excluye al menor”».

FRANCISCO CASTRO LUCINI

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

BIONDO BIONDI: *Las servidumbres*. Traducción de la 2.^a edición y anotaciones al Derecho Civil Español Común y Foral, por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS. Editorial Comares, S. L., Granada, 2002. Un tomo de 1.632 págs.

Me parece oportuno dividir la recensión en REVISTA CRÍTICA de la excepcional edición, recién aparecida, de la obra de BIONDO BIONDI sobre *Las servidumbres*, en tres partes, relativas, respectivamente, al autor, la obra y sus circunstancias; a la estructura y contenido de la misma y a las *notas de Derecho Civil Español Común y Foral*, redactadas por el Profesor GONZÁLEZ PORRAS.

I. EL AUTOR, LA OBRA Y SUS CIRCUNSTANCIAS

La no fácil pedagogía de los derechos reales se vuelve especialmente ardua cuando el objetivo académico es explicar el derecho de servidumbre. La vieja institución que, como sus hermanas del Derecho Patrimonial de goce, hunde sus raíces en el Derecho Romano —*La categoría romana delle servitute* (1932) será la primera monografía de BIONDI sobre la figura— ofrece perfiles propios tan particulares, que precisa un especial ejercicio de imaginación para sacudir previamente de la mente del alumno las generales ideas básicas de los demás derechos de goce. V. gr. en el usufructo, el uso, la habitación, los censos o la superficie, aparecen dos sujetos de la relación jurídica real, dos personas; en la servidumbre, dos predios, dos fincas. O en la adquisición de la propiedad y los demás derechos reales, la sola voluntad de adquirir; en las servidumbres, un interés predeterminado del predio dominante que, simultáneamente, es atendido por la utilidad que puede prestar el predio sirviente para que sea posible su constitución. O una *facultad* de usar, general en los demás derechos; en la servidumbre, en cambio, una *obligación* de uso, pues el no uso será causa de su extinción, etc.

No es posible entender las servidumbres —ni las demás instituciones del Derecho Privado Patrimonial— sin partir del Derecho Romano, cuya genialidad jurídica creadora fue capaz de configurar una institución de tales características y de excepcional proyección social y económica. Por esto, no se entiende —o se entiende perfectamente ante otras previsibles motivaciones— la existencia de planes de estudios universitarios en los que la enseñanza del Derecho Civil no va precedida de un previo estudio del Derecho Romano.

La monumental obra que hoy comentamos es el estudio de un extraordinario romanista y civilista, como no podía ser menos, de un «verdadero Maestro...», de enorme prestigio, cuya producción jurídica cabe calificar de excepcional..., ante todo un gran romanista en cuyo campo se agudizaron y afinaron sus dotes innatas de civilista y jurista...». Estas frases y otras similares son las que dedica a su autor el Profesor GONZÁLEZ PORRAS, Catedrático de Derecho

Civil de la Universidad de Córdoba y autor de la traducción y notas a la segunda edición española de la obra de BIONDO BIONDI que nos ocupa.

El Profesor GONZÁLEZ PORRAS, Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia y profundo conocedor del Derecho italiano, había hecho ya la traducción y anotaciones al Derecho español de la primera edición del Tratado de *Las servidumbres* de BIONDO BIONDI. El laborioso y exhaustivo trabajo que ahora realiza supone revisar y poner al día aquellas primeras notas. Estamos ante una labor «a modo de una segunda monografía», como entiende el Profesor MARIANO ALONSO PÉREZ que debe ser el «sentido integral del trabajo de concordar y anotar el Derecho propio con el ajeno».

Como explica el traductor y anotador en la presentación del libro, la obra de BIONDI se entiende mejor si se conoce su tiempo, la época que le tocó vivir y en la que enseñó, que comienza en los primeros años del siglo xx y termina en Milán —de cuya Universidad Católica del «Sacro Cuore» había sido Profesor—, en la tarde del 19 de noviembre de 1966. Precisamente, su Tratado de *Las servidumbres* es una obra póstuma e incompleta en una pequeña parte. La redacción de ésta fue confiada a su discípulo, el Profesor ANTONIO LISERRE, con la colaboración de la propia hija del autor, la Doctora RITA BIONDI-MORASCHINI. Así lo explica FRANCESCO MESSINEO en las Palabras Introdutorias de la edición italiana.

La actividad científica de BIONDO BIONDI —dice el Profesor GONZÁLEZ PORRAS— se inicia en 1910, en una época que puede llamarse «etapa feliz» de los estudios romanísticos. Unos diez años antes había entrado en vigor el Código Civil alemán que, según algunos, iba a suponer el fin práctico del Derecho Romano y su sustitución por una ciencia que se quería próxima al método histórico-crítico. Pero lo cierto es que en 1902 muere CONTARDO FERRINI —canonizado San Contardo Ferrini— y poco antes lo había hecho ALDIBRANDI, dos grandes maestros cuya influencia —como dijo BONFANTE— permitió a la romanística italiana pasar «...dalla posizione di ancella a quella di Maestra...». SCIALOJA, BONFANTE, PEROZZI y RICCOBONO, que fue maestro de BIONDI, enseñaban también por la época, en un clima excepcional en la actividad investigadora, en la que la crítica —dice nuestro traductor y anotador— «se entendía no como un mero ejercicio acrobático, sino como medio de reconstrucción orgánica de las doctrinas al uso y de auténtica profundización en la historia de las instituciones».

En 1931, BIONDI accede a la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad Católica de Milán, tras un rodaje previo en su Catania natal y en la Universidad de Perugia. Tocó prácticamente todas las ramas del Derecho Privado y, en alguna ocasión —*Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, Milán, 1931— el Derecho Procesal. No fue ajeno al estudio del Derecho de Obligaciones, siendo muy conocido su trabajo sobre las obligaciones *propter rem*; ni al Derecho Sucesorio, especialmente con su análisis del testamento pretorio romano y la *bonorum possessio* acordada por el Magistrado a favor del heredero, frente al arcaizante testamento civil. Acaso —pormenoriza GONZÁLEZ PORRAS— donde entró menos fue en el Derecho de la Familia, aunque en lo que estudió y escribió —tutela de los impúberes, conexión del Derecho Romano con las instituciones familiares del siglo xx, etc.— se nos manifiesta como un profundo conocedor del mismo.

En cualquier caso, es en el área del Derecho Patrimonial donde se encuentran los frutos más sazonados de la obra de BIONDI. Deben recordarse sus trabajos sobre la propiedad superficiaria y, desde luego, sus conocimientos del

derecho real de servidumbre son inabarcables. La obra, ahora comentada, es buena prueba de ello.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA OBRA

Una selecta **BIBLIOGRAFIA GENERAL** precede a la obra. Se trata de una importante síntesis bibliográfica que incluye estudios de Derecho Romano, de Derecho Civil italiano, tanto del Código Civil derogado como del Código vigente, y de Derecho Comparado: Códigos francés, español y alemán.

Si atendemos a su **ESTRUCTURA Y CONTENIDO**, la obra está dividida en cuatro partes. Basta la lectura de las cuestiones tratadas para calificar de agotadora y exhaustiva la labor realizada por BIONDI.

La **PARTE GENERAL** comprende seis capítulos que tratan, respectivamente, de Problemas generales, La servidumbre en el sistema de los derechos reales, Estructura, Titularidad, Caracteres y Categorías. El capítulo quinto, sobre los caracteres de las servidumbres, tiene una amplia subdivisión de siete subcapítulos que tratan separadamente cada uno de ellos: I. Premisas, que parten de la exclusión de algunos caracteres. II. Predialidad e inherencia. III. *Nemini res sua servit*. IV. Inseparabilidad. V. Utilidad y posibilidad. VI. Indivisibilidad. VII. Permanencia.

Una segunda parte se ocupa de la **CONSTITUCION, EJERCICIO, EXTINCION Y TUTELA DE LAS SERVIDUMBRES**. Comprende los capítulos séptimo a once, así desglosados:

Capítulo séptimo. Constitución: I. Principios generales. II. Contrato. III. Reserva. IV. Tratamiento. V. Usucapión. VI. Constitución por destino del padre de familia. VII. Sentencia y acto administrativo.

Capítulo octavo. Ejercicio.

Capítulo noveno. Extinción: I. Principios generales. II. Renuncia. III. Confusión. IV. No uso. V. Imposibilidad sobrevenida e inutilidad.

Capítulo décimo. Defensa: I. Observaciones preliminares. II. Acción confesoria. III. Acción negatoria.

Capítulo once. Posesión y acciones posesorias.

La tercera parte está dedicada a las **INSTITUCIONES AFINES A LAS SERVIDUMBRES**. Comprende un solo capítulo, el doce, y las instituciones que singulariza frente al derecho real de servidumbre son las siguientes: I. Superficie. II. Cargas reales. III. Obligaciones *propter rem*. IV. Servidumbres legales. V. Servidumbres públicas.

En la cuarta y última parte, BIONDI estudia **LAS SERVIDUMBRES FORZOSAS. ALGUNAS SERVIDUMBRES EN MATERIA DE AGUAS**. Integra dos capítulos, el trece y catorce. En el capítulo trece contiene un tratado específico de las servidumbres forzosas: I. Principios generales. II. Acueducto. III. Desagüe y saneamiento. IV. Apoyo y fijación de presa. V. Suministro de agua. VI. Paso. VII. El paso de energía eléctrica. VIII. Paso de funiculares.

Por último, en el capítulo catorce se ocupa de las servidumbres en materia de aguas expresamente reguladas por el Código Civil, contraponiendo separadamente: I. La servidumbre de toma o de derivación de agua. II. Servidumbre de los derrames y de los sobrantes de agua.

III. LAS NOTAS DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL REDACTADAS POR EL PROFESOR GONZALEZ PORRAS

Aunque en Derecho el dato cuantitativo no es siempre el más importante, en el caso que nos ocupa es ya muy revelador y manifiesta el ingente esfuerzo realizado por el traductor y anotador para «dar la réplica» en Derecho español a la que ya hemos calificado de monumental obra del autor italiano. Ante la curiosidad de comprobar la extensión de la obra de BIONDI y el alcance de las notas de comentarios originales del traductor, el resultado ha sido sorprendente. De las 1.632 páginas de texto que comprende la edición, más de 400 (exactamente 412) ocupan las 42 notas de comentarios del Profesor GONZÁLEZ PORRAS.

Sin embargo, sería erróneo recurrir a la superficial y relativista idea del «caballo grande ande o no ande». Todo lo contrario. Nos encontramos ante una auténtica «segunda monografía», como ya hemos apuntado más arriba entendiéndolo el Profesor MARIANO ALONSO PÉREZ que debe ser el trabajo de concordar y anotar. Y es así porque se trata de unos comentarios rigurosos en la forma y agotadores de la materia en el orden sustantivo que, por sí solos, podrían componer —de hecho, lo componen para el estudioso— un excepcional, documentado y actualizado Tratado sobre las servidumbres.

Cada capítulo, y cada una de las cuestiones tratada separadamente dentro de cada capítulo, va seguido de las correspondientes *Notas de Derecho español*. Cada *nota* —cuya denominación es poco expresiva para significar el contenido de lo que en la misma encontramos— recoge antecedentes históricos en nuestro Derecho de la cuestión estudiada, citas precisas de la doctrina —romanista y civilista, de Derecho Común y de Derecho Foral— que se ha ocupado destacadamente de la misma, la validez o inadaptación a nuestro Derecho de las consideraciones que hace el autor del libro-base, Derecho Comparado, una completísima bibliografía de los autores españoles que se han ocupado monográficamente de las servidumbres y, por supuesto, el posicionamiento del anotador, siempre fundado, sin rehuir ninguna de las cuestiones (hasta 406) planteadas por BIONDI, cuyas posibilidades de desarrollo o de simple mención ahora, desbordan el marco en que necesariamente ha de encuadrarse la reensión de un libro.

El trabajo de traducción y anotación realizado por el Profesor GONZÁLEZ PORRAS enlaza, sin duda, con otros estudios jurídicos extranjeros precedentes, que gozan de un reconocido prestigio en nuestra doctrina y que constituyen referentes obligados para el estudio de las respectivas materias: Las *Anotaciones* de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER al *Tratado* de ENNECERUS; las *Anotaciones* de ALBALADEJO a las *Sucesiones* de CICU; las de LACRUZ BERDEJO a BINDER; las de DE LOS MOZOS a BETTI, o las de ALONSO PÉREZ a PIETROBON.

A partir de ahora, no será posible un estudio legal, jurisprudencial ni doctrinal de las servidumbres en Derecho español, sin utilizar esta excepcional herramienta que el singular esfuerzo realizado por el Profesor GONZÁLEZ PORRAS pone a disposición de los profesionales y estudiosos del Derecho.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

FERNÁNDEZ GREGORACI, BEATRIZ: *Legitimación posesoria y legitimación registral*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002. Un tomo de 193 págs.

Uno de los principios básicos de nuestro sistema registral y que lo distingue de otros menos efectivos es, precisamente, el de la legitimación, según el cual se presume a todos los efectos legales, y mientras no haya declaración judicial en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma y extensión con que aparezcan en el asiento de que se trate.

Con esto se ha conseguido un avance considerable a la cuestión, siempre difícil, de buscar cuál es el dato externo que sea adecuado para demostrar que es verdadero dueño el que aparece como tal. La evolución y las diferencias apreciables desde la apariencia que aporta la simple posesión, hasta la presunción oficial de certeza que suministra la posición segura del titular registral es el objeto de este libro que presentamos y cuya autora es BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI.

La cuestión que analiza es si la posesión de inmuebles puede considerarse o no como suficiente para que el poseedor sea tratado en la vida del Derecho como verdadero propietario.

Para ello, la autora divide su obra en dos grandes partes, en la primera de las cuales hace un análisis tanto de la legitimación posesoria como de la registral, haciendo examen de una evolución del tratamiento dado a la posesión a lo largo de la historia, para desembocar en las nuevas concepciones que aparecen a partir del nacimiento y puesta en funcionamiento del Registro de la Propiedad.

El Derecho Romano no atribuía a la posesión una legitimación expresa en favor del poseedor, pero mediante la usucapión la posesión podía convertirse en dominio; por otro lado, el poseedor quedaba protegido mediante los interdictos con independencia de cualquier otro elemento y, por fin, se invertía la carga de la prueba en cuanto que era el no poseedor el que debía probar su propiedad pretendida. En Las Partidas comienza a perfilarse la posesión como presunción de propiedad: quien posee es tomado como propietario hasta que no se demuestre lo contrario, no siendo necesario, mientras tanto, que exhiba su título. En los siglos XVII y XVIII parte de la doctrina otorgaba al poseedor la presunción de propiedad hasta la prueba en contrario, según testimonio de varios autores que se traen a colación. El proyecto de Código de 1851 no recoge el efecto legitimador de la posesión y sin embargo sí aparece en el artículo 448 del Código Civil, según el cual, como es sabido, el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo.

En el segundo apartado de esta primera parte se pasa de la posesión como título legitimador al principio de legitimación registral. Este principio no se introdujo en la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, en atención a que faltaba la básica documentación en los propietarios que facilitase su inmediata implantación. Hubo de transcurrir algún tiempo y fue en la reforma de 1909 donde se redactó un rebuscado artículo 41, según el cual se presume que el título inscrito comporta la posesión de los inmuebles y el titular gozará de todos los derechos consignados en el Código en favor del propietario y del poseedor de buena fe, con posibilidad de obtener la protección de los tribunales. Se posibilitó la inscripción de la posesión y ésta tenía valor inmatriculador por medio del expediente posesorio, con la posterior conversión del asiento en dominical

por el transcurso del tiempo. La defectuosa redacción inicial dio lugar a problemas y varios litigios, que motivaron la reforma operada por el Real Decreto de 13 de julio de 1927, donde se aclaraba que los términos de la inscripción podían no concordar con la realidad.

La Ley Hipotecaria vigente ha formulado la legitimación registral en el artículo 38, en los términos que todos conocemos y que ha sido objeto de amplia interpretación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Se presume la existencia y la titularidad del derecho inscrito. La autora destaca que la vigente Ley Hipotecaria formula el principio de legitimación basado exclusivamente en el asiento y desconectado de la posesión, de tal modo que dicha legitimación registral prueba y prevalece en todo caso sobre la legitimación posesoria.

La primera parte del libro se completa con una breve referencia a los artículos 35, 37 y 38 de la Ley del Catastro, en cuanto que esta institución es próxima al Registro de la Propiedad, pero cuyas funciones son distintas; no obstante, tienen conexiones importantes que los autores y la jurisprudencia han señalado y que la autora recoge.

En la segunda parte se estudian varios procedimientos con la finalidad de comprobar si las Administraciones, al llevar a cabo las diversas actuaciones, se entienden con el verdadero propietario, respetando los principios civiles e hipotecarios como valedores de la correspondiente legitimación.

Se empieza esta segunda parte especial con la expropiación, recogiendo primero sus antecedentes, para pasar a la ley actual que ordena que las actuaciones se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho, debiendo considerarse como tales a quien con este carácter conste en Registros Públicos que produzcan presunción de titularidad o, en su defecto, al que lo sea pública y notoriamente, aunque dejando a salvo la prueba en contrario.

Otra cuestión que trata la autora es el deslinde entre particulares o cuando se trata de bienes públicos, con referencia especial, en este último caso, a la legislación de montes y la de aguas. A veces la legitimación registral ha sido objeto de controversia por parte de los órganos administrativos afectados y la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Posiblemente donde las fricciones son ahora más frecuentes es en la delimitación de la zona marítimo-terrestre, que ofrece una problemática abundante a partir de la nueva Ley de Costas.

En el urbanismo, a partir de la reforma de la Ley del Suelo de 1990, que introdujo la regulación registral de sus actos, se da beligerancia a la legitimación registral para reconocer las titularidades de las parcelas incluidas en las ordenaciones urbanísticas.

Por último en la concentración parcelaria, teniendo en cuenta que se opera en zonas de poca inscripción, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario acepta la posesión a título de dueño como principio legitimador; sin embargo, en su artículo 193 se respeta la legitimación registral, concediéndole preferencia.

Como nos dice el profesor MORALES MORENO en el prólogo, este libro permite establecer una correspondencia comparativa entre las sucesivas etapas de la legitimación registral en la Ley Hipotecaria y las leyes de procedimientos que se estudian, en lo que se refiere a los títulos de legitimación que se utilizan en cada uno de ellos y, por tanto, se muestra la influencia que han ido ejerciendo las sucesivas leyes hipotecarias en nuestro ordenamiento.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PÉREZ MONGE, MARINA: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002. Un tomo de 411 págs.

Si en alguna esfera se nota más profundamente el cambio social que se está produciendo en la época actual es precisamente en las relaciones familiares, que en poco tiempo han experimentado una evolución que se puede calificar de asombrosa. Y este último calificativo es el único que cuadra al contemplar los avances científicos que se están incorporando a la genética, que nos proporciona continuas novedades, no siempre fácilmente adaptables a los principios y a la normativa que hasta ahora han regido en el Derecho de Familia.

En efecto, uno de los núcleos más tradicionales y conservadores de nuestro entorno se ha basado en la concepción clásica del grupo familiar, dentro del cual la filiación encontraba su razón de ser y la formulación más estable. Ya Paulo, en el Digesto, nos decía que, para buscar al padre, lo mejor era acudir a aquel *quae nuptiae demostrant*, y esta presunción ha perdurado por siglos y siglos, aunque no siempre aceptada por todos. No está de más recordar el dicho popular que planteaba sus dudas al decir: «los hijos de las mis hijas, mis nietos son en verdad, pero los hijos de los mis hijos ... ya no lo puedo jurar».

La investigación de la paternidad, y más cuando el hijo nace fuera del matrimonio, donde no cabe acudir a presunciones legales, es una cuestión candente que se ha tratado de distinto modo según las épocas y las variadas legislaciones. Desde los sistemas que negaban en absoluto tal investigación, hasta aquellos que sólo la admitían con condiciones y a regañadientes, como era nuestro Código en su redacción primitiva. En el nuevo artículo 135, redactado según la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se permite la declaración de filiación no sólo cuando haya reconocimiento expreso o tácito, sino también cuando resulta de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción o resulte de otros hechos de los que pueda inferirse la filiación de modo análogo.

¿Pueden considerarse las nuevas técnicas de reproducción asistida incluidas en esos «otros hechos» de los que, según dicho artículo 133, se podría inferir la filiación? Esta figura nueva que nos aporta la técnica ginecológica es la que estudia MARINA PÉREZ MONGE, autora de este libro que recoge sus investigaciones y trabajos que le han servido para obtener su título de Doctora en Derecho.

Se aparta un tanto, como es natural, del Código Civil, cuya regulación no alcanza a contemplar aún estas cuestiones, y por ello tiene que acudir a normas más recientes, como es la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988, para apoyar las doctrinas que recoge, pudiendo así avanzar en este campo con mayor rapidez.

La autora afirma en este libro que la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida es un vínculo jurídico creado por la Ley, tomando como criterio fundamental la prestación del consentimiento legalmente exigido a las personas que han solicitado la utilización de estas técnicas especiales. Se imputa la paternidad al que consiente.

Es una técnica científica que permite tener hijos a parejas infértiles e incluso a mujeres solas que, por ello, presenta unos problemas que no existían y cuyas soluciones eran impensables en nuestras normas anteriores.

Tras una introducción en la que nos dice que con su estudio pretende dar respuesta, mediante una aproximación interdisciplinar, a toda esta novísima materia, acomete su investigación a lo largo de cuatro interesantes capítulos, seguidos de unas conclusiones en las que resume su parecer.

En el primer capítulo se refiere, en general, a la determinación de la paternidad de los nacidos tras la aplicación de estas técnicas en el supuesto de matrimonio o pareja estable no casada, distinguiendo según aporte su material genético el varón que a su vez consiente dichas técnicas. Trata también aquí de los problemas derivados de la ausencia de tal determinación en el caso de mujer sola. Para ello repasa la evolución normativa desde el Código de 1889, su reforma de 1981, la Ley especial de 1988, con las alusiones en la Ley del Registro Civil, y el artículo 39-2 de la Constitución que permite la investigación de la paternidad.

En el capítulo segundo estudia el supuesto del anonimato del donante, planteándose la cuestión de si ese anonimato se opone al derecho del nacido a conocer sus orígenes y si afecta también a la determinación de la paternidad y a las responsabilidades del padre. Estudia al efecto la legislación española, la extranjera y la jurisprudencia, haciendo como final de sus opiniones una propuesta de *lege ferenda*.

Estas técnicas han llegado a más y la autora examina en el capítulo tercero la posibilidad de que la filiación se derive de una procreación *post mortem*, que se da en los supuestos en que se insemina o se realiza la fecundación *in vitro* tras la muerte del varón, cuyo material reproductor se aporta, lo que científicamente es posible mediante el avance de las técnicas biomédicas que permiten la congelación de los gametos masculinos y de los embriones. La autora describe la situación de esta técnica en la realidad y en la jurisprudencia y recoge la discusión doctrinal sobre su admisibilidad, analizando la legislación española.

Por muy difícil que parezca, estas técnicas llegan a intervenir en la determinación de la maternidad, haciendo posible separar la maternidad de gestación de la genética, así como encargar la gestación a mujer distinta de aquella que pretende asumir la maternidad jurídica. La autora examina estos problemas en el capítulo cuarto de su libro, donde repasa los aspectos generales del tema en diversos países, según los posibles supuestos teóricos y las encontradas opiniones doctrinales sobre la cuestión. Nos dice que en España se sanciona con nulidad el contrato de paternidad subrogada, aunque se dan casos de parejas españolas que son parte en estos contratos. La jurisprudencia no ha abordado aún el tema y únicamente hay algún fallo que más bien se ha referido a la cuestión distinta de supuestos de suposición de parto.

Tras las conclusiones que confirman el contenido de los capítulos indicados, el libro termina con una abundante bibliografía y una variada y también completa relación de la documentación que la autora ha utilizado para escribir su obra, junto con un glosario de voces explicativas de los conceptos empleados, todo lo cual hace que la obra sea completa y muy interesante por la novedad del tema.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MEDINA DE LEMUS, MANUEL: *Derecho de Propiedad Horizontal y multipropiedad*. Manuales básicos. Cálaro, Producciones Editoriales, Barcelona, 2002. Un tomo de 247 págs.

Alguien me ha contado a título de anécdota, no sé si será cierto, pero merece serlo, que el famoso jugador de fútbol, ya retirado, Alfredo Di Stéfano, queriendo mostrar su reconocimiento al objeto simbólico de su brillante carrera, tiene en su casa un pequeño monolito con esta lacónica, pero expresiva leyenda: «¡Gracias, vieja!» Así agradece, en típica expresión criolla, a la pelota todo lo que de ella ha recibido.

Algún homenaje parecido debían rendir, tanto la profesión registral como la notarial, a la Ley de Propiedad Horizontal que ha venido a proporcionar base al enorme desenvolvimiento que ha tenido esta especial forma del dominio, fundamental para la vivienda y la propiedad urbana en general.

Por eso recibimos este libro con especial atención en cuanto que su contenido nos interesa directamente, puesto que esta institución ha acertado en el modo de solucionar los problemas de la escasez del suelo y su carestía, conjugándolo con el deseo de tener vivienda propia que todos sentimos.

La literatura que analiza esta legislación es abundantísima y se manifiesta de modos muy variados. Pero el libro que presentamos adopta el formato de un manual básico que pretende poner de manifiesto, de modo claro y conciso, lo esencial de la regulación de esta propiedad horizontal y tiene por autor a un especialista en la materia. En efecto, MANUEL MEDINA DE LEMUS, Profesor de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid, con otras prestigiosas carreras jurídicas, es bien conocido por nuestros lectores como colaborador de esta revista, en cuyas páginas se han reflejado varias veces sus publicaciones y estudios como los varios libros que ha escrito sobre distintas facetas de Derecho Privado.

Y vamos con este libro. En él se recoge todo lo básico de la regulación y la doctrina de estas construcciones urbanas que conocemos como propiedad horizontal y multipropiedad, aunque esta última denominación está legalmente vedada. Resalta que las circunstancias sociológicas, geográficas y económicas existentes al elaborarse la Ley de 1960, son diferentes a las que aparecen cuarenta años después y, sin embargo, no han sido consideradas suficientemente en la modificación legal operada en 1999.

El autor aclara que no pretende en este libro sustituir a los textos legales ni a los estudios extensos y profundos que han motivado, sino que lo presenta sólo como una orientación y aclaración de la problemática de estas figuras.

La exposición de la obra se plasma a lo largo de veinte capítulos, dedicando los 18 primeros a la propiedad horizontal y otras derivaciones concomitantes relacionadas con los problemas de la vivienda, y los dos últimos a la multipropiedad, bajo la nueva rotulación legal de aprovechamiento por turno de inmuebles.

En el capítulo primero se estudia la idea general, la evolución histórica y la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, junto con las fuentes que le sean aplicables en su orden de prelación, para completar la materia con las ideas que tiene el autor sobre las perspectivas modernas que se articulan a base de procurar una cada vez mayor calidad de los edificios.

El objeto de la propiedad horizontal se estudia en el capítulo 2, arrancando del elemento básico del edificio sobre el que se articula la división en los diversos pisos o elementos que han de entrar en la comunidad, pudiendo ésta

componerse de varios subconjuntos o subcomunidades. En este capítulo se estudian los elementos privativos y su regulación. Y en el siguiente, capítulo 3, se contempla la copropiedad sobre los elementos comunes en sus diversas manifestaciones, con un entramado de derechos y obligaciones que el autor expone con bastante claridad.

El elemento personal se analiza en los capítulos 4 y 5. Hay un órgano soberano que es la Junta de Propietarios, que expresa sus decisiones en las reuniones por medio de acuerdos que se reflejan en las correspondientes actas y que han de ejecutarse por los órganos de gobierno y representación que suelen ser el presidente, secretario y administrador si existe, y cuyas funciones están detalladas en la ley y se reflejan en el libro.

En el capítulo 6 se trata del título constitutivo, en sentido material y formal, que normalmente desemboca en el Registro de la Propiedad, donde se han de reflejar todos los datos del edificio matriz y sus diversos elementos con las reglas de la comunidad que se plasman en los estatutos, que han de inscribirse en su totalidad para mayor seguridad jurídica.

Los asientos dichos son los de la propiedad horizontal ya terminada y en situación de venta a los copropietarios. Pero hay veces en que el promotor ha de anticiparse y se da la situación llamada de prehorizontalidad, en que la construcción no está concluida o no hay título válido para la inscripción. Tal ocurre en la permuta de suelo por edificación futura o cuando se trata de elevar plantas o edificarlas en el subsuelo, lo que puede articularse a base de un derecho de superficie. Aquí hay una prehorizontalidad por tratarse de una situación en la que existe voluntad y ciertas condiciones para constituir una futura propiedad horizontal, pero ésta aún no se ha perfeccionado por faltarle requisitos. MEDINA DE LEMUS estudia ampliamente estos aspectos en el capítulo 7 y pasa al 8 donde analiza lo que llama comunidades horizontales de hecho.

Los derechos y obligaciones de los comuneros se exponen en los capítulos 9 y 10, con especial atención a las obras de mantenimiento y conservación del edificio, así como los deberes de los propietarios, tanto en relación con las instalaciones generales como en las relativas a su propio piso, señalando las actividades permitidas y las prohibidas, según la ley y los estatutos.

En el capítulo 11 se estudian los llamados complejos inmobiliarios, consistentes en la agrupación de una serie de fincas o inmuebles que forman una unidad orgánica al servicio del hombre, facilitándole una serie de objetivos y finalidades variados como vivienda, hotel, negocios, vacaciones, exposiciones, cultura, etc.

Hay aspectos relacionados con los temas que aquí se tratan y entre ellos el autor se refiere a la declaración de obra nueva y sus requisitos y que se recogen en el capítulo 12. Y en el 13 se acude a poner de manifiesto diversas normas complementarias de la propiedad horizontal referentes a la ordenación de la edificación, mientras que en el capítulo siguiente se estudian los aspectos procesales para hacer efectivas las normas de estas comunidades.

Una figura singular, que ha sido objeto de distintas resoluciones jurisprudenciales, es el llamado engalaberno, o sea, una medianería horizontal. MEDINA se ha ocupado de estas extrañas construcciones y aquí deposita ahora sus completas investigaciones en el capítulo 15.

El aspecto social se manifiesta en los dos capítulos siguientes, bajo el rótulo del derecho a una vivienda digna y adecuada, *desideratum* de los particulares y de los organismos oficiales que se encamina a proporcionar el hábitaculo adecuado tanto a sus condiciones físicas como económicas. Y uno de los

medios de abaratar la vivienda es, sin duda, la cooperación, y el autor nos presenta al respecto, en el capítulo 18, un esquema completo de la regulación actual de las cooperativas de la vivienda, de gran aplicación en la práctica.

Por fin, en los dos últimos capítulos, el libro trata de la legislación referente a lo que se llamó multipropiedad por la doctrina, y ahora por la ley aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, figura que hemos copiado de legislaciones extranjeras y que se ha extendido de modo importante por zonas turísticas. Se da su idea general y la normativa aplicable, su objeto y reglas de constitución, contenido del contrato y extinción.

En resumen, un compendio claro y sencillo de la problemática relativa a la propiedad horizontal, acudiendo no sólo a la legislación de ámbito nacional, sino también a la regional o autonómica, que se está introduciendo cada vez más en las relaciones de Derecho Privado.

Es, por tanto, una visión general que prestará gran ayuda a cuantos tengan interés en estas figuras que se están extendiendo cada vez más en el normal modo de vivir. El autor ha conseguido, con su concisión y claridad, dar en pocas páginas una completa noticia de estos problemas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MONREAL VIDAL, LUIS FRANCISCO: *Práctica registral*. 3.^a edición. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002. Un tomo de 553 págs.

Aunque las normas que regulan las relaciones de Derecho Privado tienen fama de ser reacias a modificaciones frecuentes, por referirse a situaciones tradicionalmente estables, hay épocas en que surgen, como salpullidos, retoques más o menos puntuales que vienen a alterar ese estatus tranquilo, introduciendo cambios que es preciso tener en cuenta en el diario devenir de nuestras oficinas.

No hace tanto tiempo que una amplia modificación del Reglamento Hipotecario, que impuso determinados retoques, vino a quedar en agua de borrajas por la declaración de nulidad fulminante pronunciada por el Tribunal Supremo. Y más recientemente, la llamada Ley de Acompañamiento ha venido a traernos normas nuevas de gran importancia que trastocan y cambian bastante el *modus operandi* del otrora tranquilo procedimiento registral.

Estos dos supuestos, principalmente, acompañados de algunas otras alteraciones producidas, ya de modo directo o indirectamente, por otras normas que nos afectan han hecho necesaria y oportuna la publicación de una nueva edición de este libro, debidamente corregida y necesariamente aumentada, que nos hace LUIS FRANCISCO MONREAL VIDAL, Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca.

En las ediciones anteriores, tan interesantes y solicitadas que se agotaron rápidamente, ya se recogían las cuestiones básicas sobre el Registro de la Propiedad, el Mercantil y las Oficinas Liquidadoras, y ahora se añade el que viene a conformarse como Registro de Bienes Muebles, todo ello con un gran sentido práctico.

En efecto, aunque se recogen las normas legales y reglamentarias que rigen estas combinadas, aunque distintas, facetas en que se manifiesta la publicidad registral, aportando las correspondientes declaraciones jurisprudenciales y

aportaciones de la doctrina en sus puntos oportunos, lo que resalta de este libro es su claro sentido práctico, que lo hace indispensable para el discurrir diario de nuestras oficinas, y también que sirve de base para la enseñanza de este Derecho Registral en sus aplicaciones en los supuestos particulares.

Como es sabido, el Colegio de Registradores tiene convenios con varias Universidades de Madrid para impartir cursos prácticos para los alumnos del último curso de la Licenciatura, que ya se viene desarrollando varios años y con provecho, según creemos, pues los futuros abogados pueden comprobar que la materia registral no es tan oscura como antes les parecía. Al efecto, tenemos que proclamar que uno de los factores determinantes de esa claridad reside en que hasta ahora hemos seguido en dichos cursos precisamente este libro de nuestro compañero MONREAL VIDAL para la exposición de la materia. El mérito es de él; a cada uno lo suyo.

Centrándonos ya en el comentario, digamos que la nueva edición sigue, con las actualizaciones necesarias, la misma línea que las ediciones anteriores, en una exposición a la vez concisa, pero completa y clara, de cada una de las formas en que se manifiesta nuestro sistema registral.

En la primera parte se estudia el concepto del Registro de la Propiedad en sus aspectos de institución de la publicidad, como oficina donde radica y como conjunto de libros que la forman, reseñando el objeto y los fines del Registro, con formulación de los principios hipotecarios. Se estudia la organización del Registro, el procedimiento registral y las clases de asientos que se practican: igualmente se examina la calificación del Registrador y los recursos contra la misma, según la última regulación; por último se reseñan los modos de hacer público el contenido del Registro y se recoge en esquema la organización del personal auxiliar.

El Registro Mercantil ocupa la segunda parte del libro, detallando su concepto, régimen, objeto y efectos, así como su organización en cuanto a libros y publicidad, con lo que se muestran las analogías y diferencias con el Registro de la Propiedad. Pero es que, además, el Registro Mercantil tiene otras funciones especiales dirigidas a una mayor seguridad jurídica de las relaciones comerciales y que son la legalización de libros, el nombramiento de auditores y expertos independientes y el depósito de cuentas anuales. En el libro se recogen estas funciones y el modo de llevarlas a cabo.

En la tercera parte se hace un estudio del Registro de Bienes Muebles. Con razón el autor hace la salvedad, en una nota previa, de que hasta que no se apruebe el pertinente Reglamento, resulta aventurado dar una idea clara de lo que puede llegar a ser en el futuro este Registro. En la actualidad viene funcionando como la reunión de otros varios Registros, ya existentes por separado, como son el de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, el de Buques y Aeronaves y el proyectado de Condiciones Generales de la Contratación. Excepto este último, que puede considerarse *nasciturus*, los demás vienen funcionando cada uno con su propia normativa, por lo que el autor sólo esboza el régimen, organización, efectos y publicidad formal en líneas generales, pues otra cosa no se puede hacer.

La última parte del libro se dedica a la función liquidadora que desempeñan los Registradores de partido cuando son competentes para actuar en los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales, Actos Jurídicos Documentados, Donaciones y Sucesiones, recogiendo la normativa que hasta el momento es de carácter nacional, pues al haberse cedido tales gravámenes a las Comunidades Autónomas, habrá que tener en cuenta, en adelante, las normas particula-

res que éstas vayan produciendo. De todos modos, en el libro se hace una exposición bastante completa del régimen de estas Oficinas Liquidadoras y se proporcionan las necesarias nociones tributarias que se han de manejar, en especial las reglas de competencia territorial, que suelen originar algunos problemas, y también los modos de practicar las liquidaciones.

Bienvenida esta nueva edición de un libro que ya era de frecuente manejo en nuestros despachos y que ahora se hace más necesario para conocer las numerosas novedades que es preciso tener en cuenta, cada día más puntillosas, a veces auténticas pegiguerras, que se están endosando a la profesión registral.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GONZALES BARRON, GUNTHER HERNAN: *Estudio preliminar del sistema registral peruano, Estudio crítico de la nueva legislación inmobiliaria sobre predios urbanos y La nueva Ley General de Sociedades y su aplicación registral*. Editados en Lima, Perú, años 2001 y 2002. Tres volúmenes de 315, 475 y 469 págs., respectivamente.

Desde hace tiempo estamos recibiendo afectuosas visitas de nuestros amigos los juristas hispanoamericanos que vienen a conectar con la doctrina y la normativa españolas por las que manifiestan un notable interés. Especialmente los peruanos, quienes tras estancias entre nosotros, siguen manteniendo contactos y nos envían comunicaciones y estudios que hemos publicado gustosos en esta Revista o en el Boletín del Colegio de Registradores.

De estos intercambios hemos observado la idea del acercamiento que expresan a nuestro sistema registral, conscientes de que la publicidad de sus Registros sería mejorable, tomando como modelo la regulación española. Es sabido que, salvo Cuba y Puerto Rico, que recibieron nuestra Ley Hipotecaria de Ultramar, los demás países hispanoamericanos obtuvieron su independencia antes de la Ley de 1861 y por ello, con más o menos variaciones, se han acoplado a líneas del sistema francés de simple inoponibilidad.

De ahí la admiración, lo hemos podido comprobar en varios cursos aquí desarrollados, que nuestros amigos hispanoamericanos sienten por el sistema hipotecario español. Es muestra de lo que decimos el presente de estos libros que nos ha traído en reciente visita su autor, distinguido jurista peruano, Registrador Titular de la Oficina Registral de Lima y Callao y actualmente ejerciente de la profesión notarial en Lima. Como detalle diremos que de 75 obras que cita en su bibliografía, casi la mitad, o sea, 35 trabajos, son de autores españoles.

Son tres, como reseñamos en la cabecera, los libros que nos ha traído, donde se resume el sistema registral peruano, y de ellos damos breve noticia.

El primero es «Estudio preliminar del sistema registral peruano», que nos da una idea bastante completa de la regulación actual, recogiendo las recientes modificaciones. Se inicia la obra con un preludio donde el autor examina, bajo el prisma del particularismo, el concepto de la publicidad registral, aceptando la expresión de nuestro compañero, el Registrador español ANTONIO PAU, de que se trata de una proclamación oficial de situaciones jurídicas, por lo que los actos inscritos están dotados de una presunción favorable de exactitud y legalidad, resultando que la publicidad no debe significar tan sólo cognoscibilidad, sino además atribución de verdad oficial de los actos inscritos.

Relaciona el autor el Registro con el Catastro y a lo largo de un texto, salpicado de citas españolas, nos muestra la diferencia notable del sistema peruano en lo referente a la responsabilidad civil, allí asumida por el Estado; y tras hacer un balance preliminar del nuevo Reglamento General de los Registros Públicos, que critica, lo considera la norma matriz del procedimiento registral peruano.

A seguido, el autor nos expone el actual sistema registral allí vigente, en especial sobre bienes inmuebles, que tiene como peculiaridad un tanto sorprendente que existe una duplicidad de registros. Hay un Registro de la Propiedad Inmueble que es el tradicional, creado por Ley de 2 de enero de 1888, que lo justificaba en la necesidad de «dar seguridad a la adquisición de inmuebles» y que, según el autor se inspiró en algunos principios de la legislación española y que actualmente está regulado en el libro noveno del Código Civil peruano. La sorpresa, y extrañeza incluso, surge cuando el autor nos dice que esa tradicional institución registral se desprestigió grandemente por problemas de burocratización, y por ello se creó en 1988 un Registro Inmobiliario paralelo denominado «Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares», más conocido como «Registro Predial Urbano», en el que se admite la inscripción por documentos privados, se reducen los requisitos para inscribir y hay coordinación con un catastro administrativo. Por muchas razones que el autor aduce para justificar esa dualidad de entidades registrales, la verdad es que no deja de producir una cierta impresión de inevitable inseguridad jurídica, pese a afirmarnos que el nuevo Registro Predial Urbano se acerca al sistema del Acta Torrens, lo que no supone necesariamente una firmeza aceptable, pero así se nos dice.

El libro titulado «Estudio crítico de la nueva legislación inmobiliaria sobre predios urbanos» estudia precisamente ese nuevo Registro, regulado por la Ley 27157, de 20 de julio de 1999, sobre regularización y saneamiento de la propiedad inmobiliaria. En su capítulo I se estudia la regularización de inmuebles; en el capítulo II, el régimen de licencia de obras y declaratoria de fábrica, y en el III trata del régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común o propiedad horizontal. Al final se incorporan los textos de esta Ley y de su Reglamento.

Y en el libro «La nueva Ley General de Sociedades y su aplicación registral» se recoge el sistema peruano equivalente a nuestro Registro Mercantil, que el autor expone citando profusamente a GARRIGUES y URÍA. Se regulan las sociedades y los comerciantes individuales, según la Ley 26887. Tomando como base esta legislación, el autor estudia en 16 capítulos, con los antecedentes históricos, el concepto y finalidad del Registro, con su organización y funciones, detallando los actos inscribibles que van desde la constitución, órganos, modificaciones del capital y fusión, escisión y transformación de las sociedades, para finalizar con su extinción.

En total, una visión panorámica y completa del sistema registral peruano. Depositamos los tres libros en la biblioteca del Colegio para que quien pueda tener interés en estudiarlo lo tenga a su alcance, pues además de las ideas y comentarios del autor, se recogen íntegramente las leyes y reglamentos que regulan estos Registros de Perú, proporcionándonos una fuente de conocimiento de primera mano. Por ello agradecemos al autor su donativo que nos aporta una interesante fuente de información.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MILLÁN SALAS, FRANCISCO: *Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola*. Editorial Edinsa, Madrid. Un tomo de 266 págs.

El fallecimiento del titular de una explotación agraria, la que era viable y venía funcionando normalmente tanto desde el punto de vista agronómico como económico, suele ser la causa más frecuente de su desarticulación cuando concurren varios herederos, si éstos no se ponen de acuerdo para que la hacienda siga entera, bien por su explotación comunitaria o bien por atribuirle a uno solo de los sucesores mediando la compensación en otros bienes o en metálico a los demás.

A primera vista, el artículo 1.061 del Código español, trasunto del 320 del francés, da pocas facilidades para mantener indivisa la hacienda agraria cuando hay varios herederos. Si en la partición se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los herederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, habrá que concluir que en la mayoría de los casos será preciso desarticular la explotación, con el consiguiente destrozo de la obra quizá trabajosamente conseguida por el causante.

Se dirá que el artículo 1.062 protege a la cosa indivisible o que desmezca mucho por su división, pudiendo adjudicarse a uno de los herederos la calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero, aparte de esta posibilidad genérica, la doctrina, sobre todo la agrarista, se esfuerza en buscar otras soluciones y al efecto bucea en el deseo de encontrar otras adecuadas salidas y señala otros preceptos en los que pueda basarse la deseada indivisión. La verdad es que, en el Código, tales salidas están reducidas a los supuestos de la partición hecha por el testador o por el comisario expresamente facultado al efecto, cuando de verdad se quiera conseguir dicha integridad.

En este empeño, los iusagraristas desean encontrar soluciones que puedan compaginar los derechos de los herederos, sobre todo si hay legitimarios, con el deseo de mantener la indivisibilidad. Y este es el caso del autor del libro que comentamos, FRANCISCO MILLÁN SALAS, Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, perteneciente a la Asociación Española de Derecho Agrario, que aquí, una vez más, busca aplicaciones prácticas a la cuestión. El libro comienza centrando los conceptos básicos de la empresa y la explotación agraria, tan trabajados por la doctrina, y que no siempre son equivalentes, resalta sus características distintivas y pasa después a examinar los distintos preceptos del Código que se refieren a este punto, tocando también las normas de unidades mínimas de cultivo y las que tratan de defender en particular las explotaciones creadas por el IRYDA.

Para examinar los artículos del Código, el autor opta por seguir un orden numérico, de menor a mayor, y empieza por los artículos 881 y 822, que aunque tratan el tema tangencialmente, son aplicables a este propósito, en cuanto se refieren a la reducción del legado cuando la finca no admite una cómoda división, en cuyo caso debe atribuirse al legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor y en caso contrario para los herederos, abonándose en dinero las diferencias que resulten.

A continuación estudia la mejora en cosa determinada para el caso de que el valor de ésta exceda no sólo de su tercio sino incluso del de libre disposición, con la solución señalada en el artículo 829 de que el mejorado recibirá la cosa íntegra, pero también abonando en metálico a los demás interesados.

Novedad importante en nuestra legislación ha sido la reforma introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981, dando nueva redacción al artículo 831, que permite que en testamento o en capitulaciones matrimoniales pueda autorizarse al viudo o viuda para que distribuya, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto, mejorando en ellos a los hijos comunes, lo que supone la posibilidad de mantener incólume la hacienda agraria, aunque, como es natural, con respeto a la legítima y demás disposiciones del causante.

La misma Ley de 1981 ha dado nueva redacción a los artículos 841 a 847, regulando diversos modos posibles de efectuar el pago de la porción hereditaria en casos especiales que se contemplan, empezando por la norma básica, según la cual se permite al testador, o al contador-partidor autorizado, para adjudicar los bienes a los hijos, pudiendo ordenar que se pague en metálico la porción hereditaria a los legitimarios. Esto supone la posibilidad de disponer la adjudicación de las tierras en conjunto en favor del heredero que había venido colaborando en el cultivo y explotación que será el más adecuado para conservarla.

La norma que tradicionalmente se ha considerado más a los efectos que se pretenden ha sido el artículo 1.056, objeto preferente de los comentarios de la doctrina, en cuanto que se refiere a la partición hecha por el propio testador y que le concede el más indicado margen de disposición expresa. En su párrafo segundo, como es bien sabido, se concede al padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación, y en especial la agrícola, la facultad de ordenar que se adjudique íntegra dicha explotación a uno de los herederos, disponiendo que la legítima a los demás se satisfaga en dinero.

Claro que ésta supone la limitación de que se haga precisamente en testamento, en favor de los hijos y con expresión adecuada, por lo que en la práctica no siempre se puede conseguir el fin propuesto si no se cumplen estrictamente estos requisitos. Por eso se acude a otra norma, con mayores posibilidades de aplicación, incluso aunque no medie testamento particional en tal sentido. Se trata del artículo 1.062, en el que basta considerar que hay una cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división para que pueda adjudicarse íntegra a uno de los herederos. Claro que basta con que uno pida su venta para que haya que hacerla en subasta, incluso con licitadores extraños. La dificultad está en determinar si la explotación se ha de considerar realmente indivisible o apreciar cuando desmerece al dividirla; lo normal es que sea así, pero queda la duda de si esa consideración será aceptada pacíficamente por el heredero discordante, que siempre tratará de salir por la calle de enmedio de la subasta.

Agotados los preceptos del Código, el autor acude en los últimos capítulos del libro a estudiar el régimen de indivisibilidad que dimana de la legislación especial de unidades mínimas de cultivo, aunque ésta más bien trata de la división de las fincas pero no de las explotaciones. Lo que sí es aprovechable es la normativa contenida en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario para mantener las explotaciones que fueron creadas en su día por el Instituto Nacional de Colonización y su sucesor el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, más conocido por IRYDA. Estas normas especiales están justificadas en cuanto que la conservación no sólo responde a la intención del causante padre de familia; ya no media sólo un interés particular, sino el general dimanante del origen de esas haciendas, constituidas con ayudas y subvenciones públicas que no se pueden malbaratar. Sería una insensatez injustificable el permitir que, cual nueva tela de Penélope, unas manos ignorantes o interesadas deshiciesen lo que costó tiempo y dinero público.

Esto es, en síntesis, lo que nos expone el autor, en línea con otras varias obras publicadas por otros agraristas en el mismo sentido. El libro examina cada uno de los preceptos citados con sus antecedentes, supuestos y posibilidades de aplicación, mirándolos bajo el prisma de ayudar a la conservación íntegra de las explotaciones agrarias, sobre todo las familiares, que son las más frecuentes y típicas en España.

En este terreno en que se da la simbiosis entre el Derecho Agrario y el de Sucesiones, todas las aportaciones son interesantes, y este libro, indudablemente, lo es porque nos ofrece ideas aprovechables para la finalidad con que está escrito.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO, y otros autores: *Derecho de Familia y Registro de la Propiedad*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002. Un tomo de 426 págs.

La familia es una institución natural, común a todos los pueblos, civilizaciones y culturas, que necesita del Derecho para regular las relaciones que los miembros de esa familia mantienen tanto entre sí como respecto a terceros.

Precisamente el campo de mayor actuación del Derecho es el integrado por esas relaciones que los familiares, sobre todo los cónyuges, mantienen con extraños. Por ello se hace más necesaria la intervención de esa otra institución destinada a dar seguridad jurídica que es el Registro.

Para analizar estas relaciones y su aseguramiento, tuvo lugar en Madrid, en los primeros días del mes de octubre de 2001, unas Jornadas organizadas por el Colegio de Registradores de España y el Comité Internacional de Congresos de Derecho de Familia con el objeto de estudiar las cuestiones relativas a este Derecho de Familia en su encuadre con el Registro. En esas Jornadas intervinieron, junto a destacados juristas españoles, otros de México, Argentina, Venezuela, Panamá, Colombia y Perú.

Ahora se recogen sus estudios y ponencias en este libro, bien presentado, con el que el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores nos ofrece el contenido completo de las interesantes intervenciones desarrolladas para conocimiento de cuantos tengan interés en estos temas.

Como pórtico de entrada se recogen las palabras de salutación de la Directora General de los Registros y del Notariado, del Decano-Presidente del Colegio de Registradores y del Profesor ESPÍN CÁNOVAS en su calidad de Presidente del Comité Internacional de Congresos de Derecho de Familia.

La primera ponencia corresponde al Doctor JULIÁN GUITRÓN FUENTEVILLA, Catedrático de Derecho de Familia de la Universidad Nacional Autónoma de México, sobre el tema «El Derecho de Familia y el Registro Público en México, según el nuevo Código Civil del año 2000», donde se da noticia de los efectos de sus disposiciones sobre Derecho familiar en relación con el Registro Público del Distrito Federal y las decisiones de la Suprema Corte de Justicia respecto a este tema. Este mismo autor aportó, y aquí se incluye, un ensayo sobre «La naturaleza jurídica y la autonomía del Derecho de Familia», en donde opina sobre las características especiales de esta rama jurídica que la hacen un tanto autónoma respecto al Derecho Privado general y el Civil en particular.

El Doctor HÉCTOR ROBERTO GOYENA COPELLO, Catedrático de Derecho de Familia en la Universidad de Buenos Aires, disertó sobre «El asentimiento conyugal en la integración de ciertos actos registrables en la legislación argentina», de acuerdo con su Código de 1869, que redactara el Doctor DALMACIO VELA SANSFIELD, retocado por algunas normas posteriores, donde se adopta el régimen de comunidad de ganancias, declarando la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar de bienes comunes.

El régimen de Venezuela se expone por la Doctora LOURDES WILLS RIVERA en su ponencia «Publicidad registral de los actos familiares», en donde nos dice cuáles de estos actos son los sujetos a publicidad registral y cuáles son los requisitos y efectos de la registración.

«La publicidad registral inmobiliaria en las relaciones de familia en Panamá» es el estudio aportado por el Doctor ULISES PITTI, Catedrático de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Allí todo lo concerniente a la registración de inmuebles deberá efectuarse en el Registro de la Propiedad, una de las cuatro secciones en que se divide el Registro Público y que se regula en el capítulo II del título II del Libro V del Código Civil.

Un aspecto concreto de la regulación de las relaciones familiares se nos ofrece por la Doctora AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, Catedrática de Derecho de Familia de la Universidad de Mendoza, República Argentina, en su ponencia titulada «El Registro Inmobiliario y la atribución de la vivienda familiar en los procesos de separación y divorcio», cuestión que la autora contempla en este estudio más bien de Derecho comparado, que comprende Italia, España y otros países europeos, para terminar con mayor amplitud en la regulación argentina del tema.

«Los Registros Públicos y la familia» es la ponencia aportada por el Doctor FERNANDO HINESTROSA, Profesor de Derecho Privado y Rector de la Universidad Externado de Bogotá, donde se expone la regulación colombiana sobre el particular, que ha sido objeto de reformas legales a partir de la Ley 70 de 1931, a lo largo de otras disposiciones, hasta la Ley 495 de 1999.

El Doctor CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Católica de Lima, que ha sido también Superintendente de los Registros Públicos de Perú, y por tanto buen conocedor del tema, nos ofrece su ponencia sobre «Registros Públicos y Derecho de Familia en Perú», reflejando el sistema registral peruano, en especial el denominado Registro Personal, con atención al régimen patrimonial del matrimonio, a las deudas de uno sólo de los cónyuges y el embargo de bienes comunes y del patrimonio familiar.

Por parte española, el Registrador de la Propiedad JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, Vocal de la Comisión Internacional del Estado Civil, nos expone el sistema español en este campo en su trabajo «La publicidad del régimen económico matrimonial. Relaciones entre el Registro Civil y el Registro de la Propiedad». Estudia la publicidad a través del Registro Civil en el de la Propiedad y el Mercantil, fijando los efectos de esa publicidad y las relaciones entre los tres Registros dichos.

Otro Registrador español, JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Letrado adscrito a la Dirección General y también Vocal de la Comisión Internacional del Estado Civil, hace un estudio especial sobre «La prueba del estado civil ante el Registro de la Propiedad. El valor de la inscripción en el Registro Civil», empezando por exponer los principios generales del Registro Civil para pasar

después al concreto principio de la publicidad material y al fin examinar las pruebas del estado civil ante el Registro de la Propiedad.

Se cierran las ponencias con la presentada por el Presidente del Comité Internacional de Congresos del Derecho de Familia, Profesor DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, que se concreta en la situación del estado civil en España en el siglo xx, con miras a su desenvolvimiento en el actual siglo xxi. Toma como criterios imperantes la valoración de los conceptos de libertad e igualdad y declarando rotundamente que no existe analogía de las llamadas uniones de hecho frente al matrimonio.

Todas las ponencias se desarrollaron en el Colegio de Registradores, pero la clausura tuvo lugar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, presidiendo el acto el Académico Doctor don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, que puso de relieve algunas figuras ilustres de Registradores, resaltando la valiosa colaboración de ellos y del Cuerpo en general, con sentidas palabras que agradecemos.

El libro termina con tres anexos. En el primero se recoge la cronología de los Congresos Internacionales de Derecho de Familia. En el segundo, el Doctor ESPÍN hace una breve crónica de veinticinco años de dichos congresos, y en el tercero se señalan otros eventos promovidos por el Comité Internacional de Derecho de Familia.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CASANUEVA SÁNCHEZ, ISIDORO: *La nulidad parcial del testamento*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002. Un tomo de 261 págs.

Una de las características más interesantes que suelen concurrir en toda Tesis Doctoral que se precie es el empeño que normalmente busca el doctorando de reflejar ideas singulares en el tema que trata. Esto resulta meritorio cuando, además, como ocurre en este caso, se hace una completa investigación histórica, doctrinal y jurisprudencial, con la que el autor nos demuestra que, efectivamente, tal particularidad tiene la suficiente importancia como para producir unos efectos característicos distintos de los resultantes de la regla general.

En efecto, tenemos una norma general que dispone la sanción de nulidad de pleno derecho para los actos contrarios a los mandatos prohibitivos o imperativos (art. 6-3.º del Código Civil). Pero la nulidad no siempre ha de ser total; la falta de algún requisito aislado o la concurrencia de algún error particular no han de actuar en todo caso como una trituradora que pulverice por completo el acto afectado.

Aquí entra en acción la máxima aceptada por el Derecho común de que *utile por inutile non vitiatur*, y a ella acude el autor, ISIDORO CASANUEVA SÁNCHEZ, Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de Extremadura, en este su meticuloso trabajo basado en su Tesis Doctoral que obtuvo merecidamente las máximas calificaciones, con el clásico *cum laude* del Tribunal que la juzgó. Tal como nos dice el Profesor RAMÓN GARCÍA, en un afectuoso prólogo, el doctorando, mejor dicho, el ya Doctor, defiende el viejo principio del *favor negotii* en la parte del instrumento testamentario que tenga validez y eficacia jurídica, para que así pueda cumplirse la voluntad y la intención del testador en todo

aquello que dispuso y que resulta ajustado a Derecho, aunque una parte del mismo negocio testamentario esté afectado por la nulidad.

El libro se compone de una interesante introducción y siete capítulos en los que hace un estudio de esta faceta de la nulidad parcial que es, nos dice el autor, la sanción que impone el ordenamiento a los negocios que contiene dentro de ellos una parte que es contraria a Derecho, negándosele, en consecuencia, efectos de cualquier clase a esa parte infractora, pudiendo adoptar esta figura diferentes formas, dependiendo de la manera en que aparezca. También es posible que la nulidad parcial del testamento adopte la fórmula de reemplazar las cláusulas nulas por los contenidos supletorios previstos por la ley para cada caso, tomando entonces forma sustitutoria.

En el capítulo I se recoge el tránsito histórico de la nulidad parcial en los negocios jurídicos sucesorios a partir del Derecho Romano, pasando por el Código de Eurico y el de Alarico, hasta llegar al Derecho Histórico, ya netamente español a través de la recepción del Derecho Común.

La construcción doctrinal de las posibles clases de nulidades parciales referidas al testamento en nuestro ordenamiento jurídico se aborda en el capítulo II, diciéndonos el autor que la doctrina civilística española no ha prestado mucha atención a esta figura, quizá porque en el Código Civil no aparece una clara norma reguladora adecuada. Sí, acaso, existen unos presupuestos conceptuales que posibilitan la aplicabilidad de la normativa del Código, como pueden ser el principio de conservación, el *favor negotii* y el *favor testamenti*, así como el principio de autonomía privada que presupone el respeto a la voluntad del testador, aspectos estos que ya se estudian en el capítulo III.

¿Cuáles pueden ser las causas que producen la nulidad parcial de un testamento? Se contemplan en el capítulo IV, divididas en aquellas de origen personal, otras motivadas por el objeto y un tercer grupo de carácter formal. En cuanto a las personales pueden radicar en incapacidades del testador o de los sucesores y en la existencia de vicios en la voluntad testamentaria como el error, la violencia o intimidación y la captación de la voluntad del testador y su manifestación errónea. En cuanto al objeto, serían aplicables las normas generales que exigen que éste sea posible, lícito y determinado. Por último, el testamento es un acto formal y solemne, y por ello la ley sólo le concede efectos cuando se han cumplido todos los requisitos señalados.

Entrando en la regulación legal que se refiere en concreto a supuestos de nulidad parcial, el autor recoge las normas del Código relativas a la preterición de legitimarios, las sustituciones cuando sobrepasan los límites señalados y los casos de nulidad de legados o la concurrencia de elementos accidentales como condiciones, términos o modos que no sean admisibles según la ley.

La nulidad parcial de un testamento requiere una declaración judicial propiciada por el ejercicio de la pertinente acción ejercitada por la parte legitimada al efecto. En el capítulo V se estudia este punto, señalando las características de la acción, su legitimación, plazo de ejercicio, competencia y procedimiento; la sentencia producirá los efectos consiguientes que se señalen en el fallo, que afectarán a las partes contendientes.

En lo que respecta al punto concreto de la inscripción en el Registro de la Propiedad del instrumento declarado nulo por los Tribunales, el autor opina que los artículos 429 y 434 del Reglamento Hipotecario permiten la inscripción parcial, pero con la limitación de que no desvirtúe el negocio, dando lugar a una inexactitud registral, pues en este caso los Registradores habrían de

denegar esa inscripción parcial; cita al efecto la Resolución de 21 de noviembre de 1998.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sido abundante en esta materia, por lo que no existen claras líneas interpretativas. El autor recoge la sentencia de 4 de marzo de 1975, donde se declara que la cuestión de si la nulidad de una parte determina la nulidad de todo el negocio por tener que apreciarse que si los intervinientes no lo habrían realizado sin la parte nula, envuelve, a falta de una previsión concreta de la ley, un problema de interpretación de tal negocio. El Tribunal Supremo ha declarado que la nulidad parcial es una tesis admisible dentro de nuestro ordenamiento jurídico, según varias sentencias que se citan, en las que se parte de considerar al testamento como negocio jurídico y de la utilidad práctica de admitir tales nulidades sólo en parte.

En cuanto a la Dirección General de los Registros y del Notariado, su doctrina se resume en las Resoluciones de 26 de septiembre de 1904 y 30 de junio de 1910, en el sentido de que es necesaria la previa declaración de nulidad parcial por los tribunales, no correspondiendo al Registrador hacer esa valoración.

La tesis se complementa con un estudio de Derecho comparado, exponiéndonos la teoría de la nulidad parcial del testamento en las legislaciones italiana, alemana y francesa. El artículo 1.419 del Código italiano prescribe que la nulidad de una cláusula no supone la nulidad del contrato cuando esa cláusula nula se sustituya por una norma jurídica imperativa; en base a esta argumentación, el autor amplía la aplicación de la teoría a la nulidad parcial del testamento. El *BGB* alemán se refiere al tema en el parágrafo 139, que dispone que si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio si no ha de entenderse que habría sido celebrado incluso sin la parte nula, norma que se encuadra en la teoría general del sistema de invalidez que rige en Alemania. El Code francés no contiene una bien elaborada teoría general de las nulidades, por lo que ha tenido que ser formada por la doctrina y la jurisprudencia.

En resumen, la tesis que defiende el autor es que la conservación ha de ser la regla general, y la nulidad la excepción; quien intenta hacer valer la nulidad del testamento en su integridad porque sea nula una parte tiene que probar que el testamento no podría subsistir sin esa cláusula viciada. Para que la validez del acto se considere divisible, el negocio residual ha de tener autonomía propia, satisfacer adecuadamente los intereses del testador y gozar con la voluntad hipotética favorable a éste. La normativa del Código, a este respecto, está en el artículo 743, el que con otros muchos preceptos adopta la tesis de la nulidad parcial como respuesta al planteamiento correspondiente.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

RUDOLF VON IHERING, *El fin en el Derecho*. Traducción de DIEGO ABAD DE SANTILLÁN, con estudio preliminar sobre «El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho», de J. L. MONEREO PÉREZ, Comares, Granada, 2000, LXXX + 893 págs.

A este volumen, que viene a recoger la traducción al castellano de una de las obras más importantes de RUDOLF VON IHERING, nacido en Aurich en 1818,

le precede el estudio preliminar de JOSÉ LUIS MONEREO, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. La obra que se traduce en este volumen, *El fin en el Derecho*, publicada en su lengua materna como *Der Zweck im Recht*, y cuyo primer volumen apareció en 1877 y más tarde, en 1892, el segundo de los volúmenes, está considerada por muchos como su segunda más importante realización, como el propio IHERING reconocería en el Prefacio a la primera edición de otra de sus principales obras, titulada *El espíritu del Derecho romano*. La figura de IHERING aparece dentro de la literatura jurídica como la de un precursor y padre de la moderna jurisprudencia sociológica. Este estudio de MONEREO se completa con la traducción clásica, a cargo de DIEGO ABAD DE SANTILLÁN, de este insigne personaje que ha influido de forma decisiva en la doctrina científica no sólo de su época, sino en la dogmática actual.

De IHERING cabe destacar, por otra parte, su evolución; de ahí que se hable de un primer y un segundo IHERING a partir de 1862, que pasó de pertenecer a la Escuela histórica, a una dura crítica contra sus postulados para, finalmente, reivindicar la lucha por el Derecho vigente. MONEREO señala que con esta obra IHERING «se distancia de su inicial jurisprudencia de conceptos o jurisprudencia contructivista, ampliando su cosmovisión del orden jurídico mediante su apertura a la vida» (p. XI). También entiende que IHERING «en su obra *El fin* intentó ir más allá de una simple filosofía del Derecho, tratando de elevarse al proyecto más ambicioso de una fenomenología de todo el mundo ético y social» (p. XXI).

Pero como la vida, figura y obra de este ilustre personaje ha sido suficientemente estudiada, nos vamos a centrar en el análisis del Estudio preliminar que realiza JOSÉ LUIS MONEREO. En cuanto a la valoración del mismo, hay que señalar, en primer lugar, que salvo contadas excepciones, como la mención a *Verteuliche Briefe über die heutigen Jurisprudenz von einen Unbekannten* (1861-66), que viene a recoger las conocidas *Cartas confidenciales*, apenas aparecen citas a obras en lengua alemana. Efectivamente, no ha manejado en esa lengua una serie de obras fundamentales del primer IHERING, que estaba inculcado de la doctrina dogmática, como: *Der Geist des römischen Recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852-65) o *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatsrechts* (1857). No aparecen citadas asimismo obras posteriores como *Jurisprudenz im täglichen Leben* (1870), *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode* (1889), etc.

No es muy riguroso MONEREO en los modos de citación, ya que en ocasiones cita la revista consultada con años y volumen, si bien en otros supuestos con páginas y, en algún caso, posiblemente por error, no se menciona la página en cuestión de la que se extrae la información. Por otro lado, en algunas de las citas aparece el nombre completo de la revista, mientras que en otras cambia de criterio y se limita a utilizar abreviaturas. Haciendo un análisis exhaustivo, se puede observar que el Estudio preliminar está plagado de errores de todo tipo, como el de escribir «szience», en lugar de «scienze» (p. XIV). Numerosas citas las cierra, por otro lado, con comillas, cuando previamente no las ha abierto. A modo de ejemplo, se puede citar la referencia de AARNIO (p. XLIX) o la de LARENZ (p. LIII), entre otros. En definitiva, no parece que la acribia jurídica sea virtud propia de MONEREO.

Cuenta en su haber MONEREO otras obras en las que también dedica el Estudio preliminar a estudiar la obra de IHERING. Entre ellas caben citar la

traducción del alemán de «El espíritu del Derecho romano» (Granada, 1998), otra de las obras maestras de RUDOLF VON IHERING.

En definitiva, podemos calificar a esta versión como llena de buena voluntad, pero cuyo Estudio preliminar debería haber depurado mucho más la metodología y los sistemas de citas. Aunque es muy interesante rescatar con estas ediciones a los clásicos, estos Estudios preliminares deberían ir acompañados de una bibliografía alemana e italiana, que la hay en abundancia, así como utilizar traducciones que sean coherentes con la obra original.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

SANZ JARQUE, JUAN JOSÉ; SALINAS RAMOS, FRANCISCO, y otros: *Enseñanza del cooperativismo y de la economía social en la Universidad. Experiencia y proyecto de futuro*. Publicaciones de la Universidad Católica de Avila. Un tomo de 319 págs. Avila, 2002.

Por supuesto, sería algo exagerado afirmar que la cooperación constituye una auténtica panacea que solucione todos los problemas que hoy tiene el hombre del campo. Pero sí es verdad que la llamada agricultura de grupo ayuda de modo positivo a la consecución de buen número de objetivos que de otro modo serían especialmente difíciles; por ello hay que cuidar estas figuras de cultivo colectivo y en especial aquéllas que, como las cooperativas, mejor se adaptan a las necesidades y la idiosincrasia de los agricultores.

Sin embargo, por muy extraño que parezca, la verdad es que hasta hace poco no se ha prestado la debida atención en la Universidad a esta figura asociativa, tal como debería ser normal, dada la frecuencia con que se presenta en la realidad social del campo.

En las Facultades de Derecho se estudia, en todo caso, como un tipo especial de sociedad, pero un tanto de pasada, por lo que los futuros abogados tendrán que afinar después, cuando se les presente un caso en el ejercicio de la profesión. Pero más chocante resultaría que saliera un ingeniero agrónomo de su escuela, es decir, de la Universidad, a trabajar en el campo, donde ha de ejercer su profesión sin haberse enterado cumplidamente de la esencia y el funcionamiento de estas empresas cooperativas que ya existen por todas las comarcas y son el cauce más frecuente del desarrollo del sector agrario.

Por supuesto, tales deficiencias ya se van corrigiendo en el ámbito universitario; la Universidad, en su función de investigar y enseñar, ha de buscar la formación de profesionales bien preparados para su presencia activa en la sociedad civil, implicándose en el mundo de la empresa y de las realidades sociales.

En la Universidad Católica de Avila se ha celebrado, del 18 al 22 de noviembre de 2002, un seminario para estudiar y exponer cómo se enseña el cooperativismo en las Universidades españolas y alguna hispanoamericana, y en este libro se recogen las actas de las ponencias aportadas, con lo que nos informan del contenido y la práctica de estas enseñanzas.

El libro se estructura en tres partes, la primera de las cuales recoge cinco ponencias; tres de ellas son ponencias «marco», pues ofrecen no sólo planteamientos teórico-prácticos, sino también propuestas de futuro. En la primera ponencia, el Profesor SANZ JARQUE, Rector de la Universidad, expone su

«Experiencia de la enseñanza del cooperativismo en la Universidad española», donde lamenta que salvo algunas excepciones, la materia de las cooperativas no ha sido introducida como ciencia merecedora de asignatura independiente en la Universidad; no se han realizado estudios sociológicos, no se estudia de modo especial en las Facultades de Derecho, ni se ha enfocado el estudio de las cooperativas en el ámbito económico; puntos estos que, según anuncia, ya sí se han establecido como asignaturas especiales en esta Universidad de Avila.

La segunda ponencia la desarrolla el Catedrático Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid, don JOSÉ BAREA NIETO, sobre «La investigación del cooperativismo y de la economía social en la Universidad española»; y la tercera sobre «La enseñanza cooperativa en la Universidad, que tiene por autor al P. DIONISIO ARANZADI TELLERÍA, S. J., Profesor de la Universidad de Deusto.

Los aspectos de futuro se contemplan por el codirector del seminario, doctor FRANCISCO SALINAS RAMOS, sobre «La Universidad en la sociedad del conocimiento y la enseñanza del cooperativismo y de la economía social», y por el vicerrector de la Universidad Politécnica de Valencia, Profesor VICENTE CEBALLOS, que disertó sobre «Cooperativismo y Universidad española en el umbral del siglo XXI».

En la segunda parte del libro se recoge un conjunto de veinte experiencias de otras tantas Universidades de España y de Hispanoamérica. Las diecisiete experiencias españolas son de las Comunidades Autónomas de Andalucía (ETEA), Aragón (Universidad de Zaragoza), Cataluña (Grupo CIES, Universidades de Barcelona y Lérida), Galicia (Universidad de Vigo), Madrid (Universidades Complutense, Politécnica, Pontificia de Salamanca y San Pablo-CEU), País Vasco (Universidades de Deusto, Cooperativa de Mondragón y País Vasco) y Comunidad Valenciana (Universidad Politécnica y Universidad de Valencia). En cuanto a las experiencias hispanoamericanas, hay una ponencia de ámbito internacional hecha en la UCI de Costa Rica y las dos restantes de Venezuela.

La tercera parte, formada por diez experiencias, está dedicada al movimiento asociativo de la economía social CEPES y a la experiencia singular de Florida y la Confederación de Cooperativas Agrarias, de Crédito, Enseñanza, Consumo, Trabajo Asociado, Viviendas y la Unión de Cooperativas de Trabajo Asociado de Madrid. También se recoge la experiencia de la Escuela de Formación de Canarias y la de la Asociación de Estudios Cooperativos. Cada uno de los ponentes presentaron sus propuestas que fueron debatidas. Las realidades presentadas son una muestra de la variada riqueza que existe.

El Rector de la Universidad Católica de Avila, Profesor SANZ JARQUE, cuyo trabajo encabeza el libro, ha mostrado desde siempre su atención por estos temas de la agricultura de grupo y en especial el cooperativismo. Aparte otros estudios que ya hizo a partir de 1963, diremos que siendo Profesor de Derecho Agrario de la Universidad Politécnica de Valencia, publicó en 1974 un importante libro, «Cooperativas. Teoría y práctica de las sociedades cooperativas», en el que recogió el contenido de tres cursos que tuvieron lugar bajo su dirección y donde expuso también sus doctrinas de modo claro y completo. Ahora, en la Universidad que rige, ha obtenido la colaboración de la práctica totalidad de los profesores universitarios de España y algunos hispanoamericanos, consiguiendo una amplia exposición del *modus operandi* en la enseñanza de estas materias, proporcionándonos una valiosa información. El cooperativismo, nos dice, ha hecho explosión en la sociedad de nuestro tiempo, haciéndose

realidad empresarial con valores, principios y legislación propios en todas las actividades económicas y en el ámbito de todos los países.

Es de agradecer este medio que se nos proporciona de conocer cómo se enseña en la Universidad esta interesante materia que va adquiriendo gran importancia en el ámbito jurídico.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 198 (Diciembre 2002)

«El derecho a urbanizar: ¿sumisión a la Ley de Contratos?», por MARÍA PARDO ALVAREZ, pág. 11.

SUMARIO: 1. LA URBANIZACION EN EL CONTEXTO DE LA ACTIVIDAD URBANISTICA.—2. REGIMEN JURIDICO DE LAS OBRAS DE URBANIZACION: 2.1. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LAS OBRAS DE URBANIZACION. 2.2. SU NATURALEZA PÚBLICA O PRIVADA «SECUNDUM QUID».—3. LEGISLACION APLICABLE A LA CONTRATACION DE LA EJECUCION DE LAS OBRAS DE URBANIZACION.

«El suelo no urbanizable en la Ley 15/2001 del suelo y ordenación territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura», por PEDRO M. FUENTES MARTÍN, pág. 37.

SUMARIO: I. PRINCIPIOS GENERALES: 1. ESTABLECIMIENTO DE UNA CONCEPCIÓN POSITIVA DEL SUELO NO URBANIZABLE SUPERANDO SU TRADICIONAL CONSIDERACIÓN RESIDUAL. 2. ESTABLECIMIENTO DEL ESTATUTO DOMINICAL DEL SUELO NO URBANIZABLE COMO UN CONJUNTO DE DERECHOS Y DEBERES.—II. CONCEPTO Y CLASES DE SUELO NO URBANIZABLE: 1. FACULTAD DE CLASIFICACIÓN. 2. CONCEPTO. 3. CLASES DE SUELO NO URBANIZABLE.—III. ESTATUTO DOMINICAL DEL SUELO NO URBANIZABLE: 1. CONTENIDO URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO: 1.1. *Deberes*. 1.2. *Carácter real de los deberes de la propiedad del suelo*. 1.3. *Formalización de los deberes y las cargas urbanísticas*. 2. DERECHOS: 2.1. *Derechos de los propietarios de suelo no urbanizable común*: 2.1.1. *Facultades*. 2.1.2. *Limitaciones*. 2.2. *Derechos de los propietarios de suelo no urbanizable de protección*.—IV. REGIMEN JURIDICO DEL SUELO NO URBANIZABLE COMUN: 1. FACULTADES RECONOCIDAS EN EL ARTÍCULO 13.2.a). 2. FACULTADES RECONOCIDAS EN EL ARTÍCULO 13.2.b): 2.1. *Actos que comporten la división de fincas o la segregación de terrenos*. 2.2. *Actos relativos a instalaciones desmontables para la mejora del cultivo o de la producción agropecuaria que no impliquen movimiento de tierras*. 2.3. *Los vallados realizados exclusivamente con setos o malla y soportes metálicos*. 2.4. *La reposición de muros previamente existentes y la reforma o rehabilitación de edificaciones existentes que no afecten a elementos estructurales o de fachada o cubierta, así como la reposición de sus elementos de carpintería o cubierta y acabados exteriores*. 2.5. *El uso en edificación no vinculado a la explotación agrícola, pecuaria o forestal, previa calificación urbanística*: 2.5.1. *Usos en edificación legitimables por el planea-*

miento. 2.5.2. Determinaciones de aplicación directa. 2.5.3. Determinaciones de carácter subsidiario. 2.6. *Las obras, construcciones e instalaciones en explotaciones de naturaleza agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga:* 2.6.1. No vinculadas a la explotación. 2.6.2. Al servicio de la gestión medioambiental o análoga que vengan requeridas por éstas o sirvan para su mejora. 2.6.3. Construcciones vinculadas a explotación de naturaleza agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga.—V. REGIMEN JURIDICO DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCION.—VI. LA CALIFICACION URBANISTICA: 1. CONCEPTO. 2. CALIFICACIÓN URBANÍSTICA PARA ACTOS PROMOVIDOS POR PARTICULARES: 2.1. *Organo competente para su otorgamiento o establecimiento.* 2.2. *Procedimiento de establecimiento de la calificación.* 3. LA CALIFICACIÓN URBANÍSTICA PARA ACTOS PROMOVIDOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS O LOS USOS CORRESPONDIENTES A ÁREAS DE SERVICIOS DE CARRETERAS.—VII. VIGENCIA Y CADUCIDAD DE LAS LICENCIAS MUNICIPALES: 1. VIGENCIA. 2. CADUCIDAD.—VIII. REGIMEN TRANSITORIO.

«La gestión del suelo urbano y urbanizable en la Ley del Suelo de Extremadura», por GERARDO ROGER FERNÁNDEZ, pág. 81 (sin sumario).

«Criterios de una nueva reglamentación ambiental. A propósito de la regulación económica y el medio ambiente», por JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ, pág. 111.

SUMARIO: I. LA NECESIDAD DE UN CONTROL JURIDICO EN LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE.—II. EL PRINCIPIO BASILAR: EL DESARROLLO SOSTENIBLE. PROPUESTA DE DELIMITACION JURIDICA.—III. CARACTERISTICAS QUE DETERMINAN CRITERIOS DE PROTECCION AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO: A) LA TRANSVERSALIDAD EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL: a) *Integración de la protección del medio ambiente en todas las funciones del Estado: La delimitación de materias competenciales como punto de partida para la coordinación y cooperación;* b) *La simplificación legislativa y administrativa. Un ejemplo en la legislación de prevención y control integrado de la contaminación.* B) LA DEPENDENCIA NORMATIVA DEL ESTADO DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA: a) *De la indemnización por nuevas limitaciones a la incorporación de la cláusula de progreso. Análisis comparativo de la normativa sobre Aguas, Costas y Prevención y control integrado de la contaminación;* b) *El principio de precaución. Propuesta de reglamentación y análisis comparativo de la legislación de Aguas y Costas.* C) LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE REQUIERE UN CONTROL PREVENTIVO: a) *Actuación administrativa informal;* b) *El traslado de responsabilidad al causante de la contaminación: el principio «quien contamina, paga»;* c) *El ejemplo de la regulación de residuos en España.*

«El convenio urbanístico relativo a la Ciudad Deportiva del Real Madrid», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 155 (sin sumario).

«El INAP retoma la tradición del Instituto de Estudios de Administración Local y publica un gran libro sobre urbanismo», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 161 (sin sumario).

Número 199 (Enero-Febrero 2003)

«Introducción a la reciente Ley del Suelo andaluza», por ANTONIO BAENA GONZÁLEZ, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ASPECTOS CONFLICTIVOS. CONDICIONANTES DEL MODELO ANDALUZ: A) CRÍTICAS POR SER UNA LEY POCO RESPETUOSA CON LA AUTONOMÍA MUNICIPAL: 1. *Las competencias*. 2. *Las relaciones*. 3. *La falta de modelo alternativo*. B) EL PROBLEMA DE LA VIVIENDA «PROTEGIDA». C) OTROS RETOS.—III. PLANEAMIENTO: A) CARACTERIZACIÓN DEL SISTEMA. B) ASPECTOS DE INTERÉS: 1. *La eliminación de la vieja posibilidad de los Planes Generales Plurimunicipales*. 2. *Los criterios de política urbana del Parlamento Andaluz*. 3. *Los convenios sobre planeamiento*.—IV. REGIMEN JURIDICO: A) SUELO URBANO. B) SUELO NO URBANIZABLE: 1. *Previsión de un uso positivo del SNU*. 2. *La participación de la comunidad en el aprovechamiento excepcional del suelo no urbanizable*. 3. *Mantenimiento del suelo no urbanizable inapropiado*. C) SUELO URBANIZABLE, ¿EL DE PREVISIBLE TRANSFORMACIÓN?—V. LA EJECUCION: A) SISTEMAS. B) AMPLIA HABILITACIÓN AL PODER PÚBLICO PARA QUE DESARROLLE SU FUNCIÓN.—VI. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES: 1. EL PRINCIPIO «NOM BIS IN IDEM» Y LA REGULACIÓN DE LAS INFRACCIONES CONCURRENTES Y CONTINUADAS. 2. LA ADECUACIÓN DEL DERECHO URBANÍSTICO SANCIONADOR ANDALUZ A LA LRJPAC. 3. LAS PERSONAS RESPONSABLES. 4. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD.

«La Llei d'Urbanisme de Catalunya vista por cuatro arquitectos (Comentarios a la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo, del Parlament de Catalunya), 1.^a parte», por AGUSTÍ BORRELL I CALONGE, con la colaboración de VÍCTOR FANLO I PUNTER, pág. 41.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. LOS ANTECEDENTES.—2. LA GESTACION DE LA LLEI D'URBANISME.—3. LOS CRITERIOS BASICOS Y EL IMPOSIBLE REPARTO DE COMPETENCIAS.—4. EL MODELO DEL URBANISMO SOSTENIBLE.—5. LA LLEI D'URBANISME RESPONDE A UN MODELO «CLASICO» EN SUS PRINCIPIOS BASICOS.—6. EL REGIMEN URBANISTICO DEL SUELO.—7. EL SUELO URBANO CONSOLIDADO Y NO CONSOLIDADO. UN CONCEPTO CLARAMENTE POLEMICO.—8. SISTEMAS Y ZONAS. APROVECHAMIENTO.—9. LA LIBRE DECISION DE LA ADMINISTRACION DE OBTENER SUELO LIBRE DE TODA CARGA URBANISTICA.—10. LA DENSIDAD DE LAS VIVIENDAS.—11. LA DECLARACION IMPLICITA DE URGENCIAS DE LA OCUPACION.—12. LOS PROBLEMAS PRACTICOS DE UNA «RESERVA» DE SUELO PARA DESTINARLO A «VIVIENDA PROTEGIDA».—13. EL SUELO NO URBANIZABLE.—14. LA NO ADHESION A UNA JUNTA DE COMPENSACION NO DA DERECHO A SER EXPROPIADO.—15. EL DERECHO A LA EXPROPIACION FORZOSA POR INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS POR LA ADMINISTRACION.—16. UN NUEVO MARCO DE FALTAS Y SANCIONES.—17. CONCLUSIONES.

«El problema social de acceso a la vivienda y sus posibles soluciones», por VÍCTOR GONZÁLEZ DE BUITRAGO, pág. 103 (sin sumario).

«La valoración de las empresas en la vigente Ley del Suelo 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones como consecuencia de su expropiación urbanística: problemática y conceptos específicos a indemnizar», por FERNANDO GARCÍA-MORENO FERNÁNDEZ, pág. 121.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: APROXIMACION AL CONCEPTO DE EMPRESA REFERIDO A LAS VALORACIONES URBANISTICAS.—II. SURGIMIENTO Y EVOLUCION DE LA VALORACION URBANISTICA DE LAS EMPRESAS: SU REGULACION TACITA Y PARCIAL POR EL LEGISLADOR URBANISTICO Y SU REMISION NORMATIVA.—III. ENCUADRE DE LA VALORACION URBANISTICA DE LAS EMPRESAS EN LA VIGENTE LEY DEL SUELO 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE REGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES: EL ARTICULO 31 DE LA LEY. SU CONSIDERACION JURIDICA COMO MEJORA NO PERMANENTE.—IV. LA VALORACION URBANISTICA DE LAS EMPRESAS: CLASES DE EMPRESAS A VALORAR, NORMATIVA ESPECIFICA APLICABLE Y DETERMINACION DE LOS CONCEPTOS Y ELEMENTOS A INDEMNIZAR TANTO POR CESE COMO POR TRASLADO DE LA EMPRESA.—V. CONCLUSIONES.

«Protección atmosférica y ambiente urbano sostenible en Andalucía», por LORENZO MELLADO RUIZ.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: LA NECESIDAD DE PROTECCION JURIDICA DEL AIRE.—2. RELATIVISMO E INTEGRACION EN EL CONCEPTO DE CONTAMINACION ATMOSFERICA.—3. GRUPO NORMATIVO REGULADOR DEL AMBIENTE URBANO EN ANDALUCIA: 3.1. ANTECEDENTES PRÓXIMOS Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL. 3.2. BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN ESTATAL DE CONSTITUCIÓN DE LOS SUBSISTEMAS AUTONÓMICOS: LEGISLACIÓN DEL ESTADO PARA LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA. 3.3. LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.—4. ANOTACIONES SOBRE LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE PROTECCION ATMOSFERICA: 4.1. ANTECEDENTES. 4.2. ASIMETRÍA DEL BINOMIO COMPETENCIAL ESTADO/COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 4.3. COMPETENCIAS MUNICIPALES: DEL PROGRESIVO VACIAMIENTO POSITIVO A LA NECESIDAD DE REVITALIZACIÓN PRÁCTICA.—5. REGIMEN JURIDICO DE LA PROTECCION ATMOSFERICA URBANA EN ANDALUCIA: 5.1. UNA PROPUESTA DE COMPRESIÓN (Y DE REACCIÓN ULTERIOR). 5.2. CARACTERES DEL SUBSISTEMA SOCIO-ESFÉRICO. 5.3. CARACTERES DEL SUBSISTEMA TECNOSFÉRICO. 5.4. CARACTERES DEL SUBSISTEMA BIOSFÉRICO (ABIÓTICO). 5.5. LA RESPUESTA OFRECIDA POR EL SUBSISTEMA NORMATIVO VIGENTE. 5.6. REFERENCIA ESPECÍFICA A LAS ACTIVIDADES POTENCIALMENTE CONTAMINADORAS DE LA ATMÓSFERA. 5.7. DISCIPLINA AMBIENTAL.—6. SINTESIS: LA META DE LA «SOSTENIBILIDAD URBANA»: 6.1. EL ENTORNO URBANO COMO SISTEMA. 6.2. «RACIONALIDAD INTEGRADA» Y DISEÑO DE LOS FACTORES DE SOSTENIBILIDAD URBANA. 6.3. ESPEJO Y PRECEDENTE VINCULANTE: LA POLÍTICA COMÚN COMUNITARIA SOBRE «CIUDADES SOSTENIBLES».

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 245 (Julio-Septiembre 2002)

«Reflexiones sobre la disciplina italiana de la competencia desleal a la luz de los principios pro-competitivos de la constitución económica», por GUSTAVO GHIDINI, pág. 1109 (sin sumario).

«Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional», por JOSÉ RAMÓN SALELLES, pág. 1125.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CARACTERIZACION DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL COMO SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.—III. LA PROHIBICION DE CLAUSULAS LESIVAS PARA LOS ASEGURADOS: SU CARACTERIZACION COMO CONDICIONES DEL CONTRATO Y COMO ESTIPULACIONES LESIVAS.—IV. CLAUSULAS DE DELIMITACION DEL RIESGO Y LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL: CARACTERIZACION Y TRATAMIENTO COMO ESTIPULACIONES LESIVAS.—V. (sigue) PARTICULAR CONSIDERACION DE LAS CLAUSULAS DE RECLAMACION DEL PERJUDICADO (claims made).

«Las prohibiciones de registro en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas», por FRANCISCO J. ALONSO ESPINOSA, pág. 1185.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. PROHIBICIONES DE REGISTRO: 1. SIGNIFICADO DE LAS PROHIBICIONES DE REGISTRO. 2. CLASIFICACIÓN LEGAL Y EFECTOS DE LAS PROHIBICIONES DE REGISTRO.—III. PROHIBICIONES ABSOLUTAS: 1. SIGNOS CARENTES DE CAPACIDAD O FUERZA DISTINTIVA: A) *Signos compuestos exclusivamente por indicaciones o signos genéricos respecto a los productos o servicios a cuya distinción pretenden aplicarse.* B) *Signos habituales y signos vulgarizados.* C) *Signos que se compongan exclusivamente de elementos o signos actual o potencialmente descriptivos.* D) *Adquisición sobrevenida de fuerza distintiva por signos habituales y/o descriptivos.* E) *Signos excesivamente simples o complejos.* 2. SIGNOS CARENTES DE SUSCEPTIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN GRÁFICA: A) *Significado de la prohibición.* B) *El Registro como marca del color por sí solo.* 3. SIGNOS CONTRARIOS A LA LEY, AL ORDEN PÚBLICO O A LAS BUENAS COSTUMBRES. 4. SIGNOS OFICIALES Y DE INTERÉS PÚBLICO. 5. SIGNOS ENGAÑOSOS. 6. SIGNOS QUE CONTENGAN INDICACIONES GEOGRÁFICAS (ORIGINALES O TRADUCIDAS) APLICADOS A LA DISTINCIÓN DE VINOS O DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS Y QUE RESULTEN IMPROCEDENTES POR NO TENER LA PROCEDENCIA GEOGRÁFICA INDICADA POR EL SIGNO GEOGRÁFICO. 7. SIGNOS CONSTITUIDOS EXCLUSIVAMENTE POR LA FORMA IMPUESTA POR LA NATURALEZA DEL PROPIO PRODUCTO O POR LA FORMA DEL PRODUCTO NECESARIA PARA OBTENER UN RESULTADO TÉCNICO, O POR LA FORMA QUE DA UN VALOR SUSTANCIAL AL PRODUCTO: A) *La forma tridimensional como marca.* B) *La forma impuesta por la propia naturaleza del propio producto (forma genérica).* C) *La forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico (forma-utilidad).* D) *La forma que dota de valor sustancial al producto.*—IV. PROHIBICIONES RELATIVAS: 1. LA FALTA DE DISPONIBILIDAD DEL SIGNO COMO FUNDAMENTO DE LAS PROHIBICIONES

RELATIVAS DE REGISTRO. 2. PROHIBICIÓN DE REGISTRO DE SIGNOS IDÉNTICOS O SEMEJANTES A MARCAS Y/O NOMBRES COMERCIALES ANTERIORES: A) *Prohibición de registro de signos idénticos a marca registrada anterior o a nombre comercial registrado anterior para designar productos o servicios idénticos a los designados por la marca anterior o para designar a persona con actividades idénticas a las comprendidas por el nombre comercial anterior.* B) *Prohibición de registro de signos idénticos o semejantes a marca registrada anterior aplicados a distinguir, respectivamente, productos o servicios similares o idénticos si existe, además, riesgo de confusión en el público potencialmente adquirente de los mismos.* C) *Prohibición de registro de signos idénticos o semejantes a nombre comercial anterior si se aplican a distinguir, respectivamente, productos o servicios similares o idénticos a las actividades de la persona que éste comprende y existe riesgo de confusión en el público.* D) *Principio de especialidad, riesgo de confusión y concepto de signos anteriores: a) Influencia del principio de especialidad. Marca notoria y marca renombrada; b) Riesgo de confusión y apreciación de la identidad o semejanza entre signos; c) Marcas y nombres comerciales anteriores.* 3. PROHIBICIÓN DE REGISTRO DEL NOMBRE CIVIL O LA IMAGEN QUE IDENTIFIQUE A PERSONA DISTINTA DEL SOLICITANTE, Y DEL NOMBRE, APELLIDO, SEUDÓNIMO O CUALQUIER OTRO SIGNO QUE PARA LA GENERALIDAD DEL PÚBLICO IDENTIFIQUE A PERSONA DISTINTA DEL SOLICITANTE, SIN LA DEBIDA AUTORIZACIÓN. 4. PROHIBICIÓN DE REGISTRO DE SIGNOS O MEDIOS QUE REPRODUZCAN, IMITEN O TRANSFORMEN CREACIONES PROTEGIDAS POR UN DERECHO DE AUTOR O POR OTRO DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL QUE NO SEA MARCA O NOMBRE COMERCIAL, SALVO QUE MEDIE LA AUTORIZACIÓN DE SUS TITULARES. 5. PROHIBICIÓN DE REGISTRO DE SIGNOS IDÉNTICOS O SIMILARES A NOMBRE COMERCIAL, DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL DE UNA PERSONA JURÍDICA DISTINTA DEL SOLICITANTE.—V. SIGNOS REGISTRADOS EN ESTADO DE MALA FE DEL SOLICITANTE: 1. EL REGISTRO DE MALA FE COMO CAUSA DE NULIDAD O DE REIVINDICACIÓN DE LA MARCA. 2. MARCAS REGISTRADAS POR AGENTES O REPRESENTANTES.

«Derecho de separación del accionista. El acuerdo de valoración de las acciones entre la sociedad y los interesados», por JOSÉ LUIS PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, pág. 1233.

SUMARIO: I. PREMISA.—II. EL SISTEMA DE VALORACION DE LAS ACCIONES DEL SOCIO QUE SE SEPARA EN LA SOCIEDAD ANONIMA. REFERENCIA SOMERA AL REGIMEN DE LAS LIMITADAS.—III. EL ACUERDO ENTRE LA SOCIEDAD Y LOS INTERESADOS EN LA VALORACION DE LAS ACCIONES: A) SU CONTENIDO. B) LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO. LOS TITULARES: 1. *Los interesados.* 2. *La sociedad.*—IV. LA ADOPCION DEL ACUERDO. SUS EFECTOS.—V. CONSIDERACION FINAL.—VI (ADDENDA) SEPARACION DE ACCIONISTA EN EL DERECHO PROYECTADO EN ESTA MATERIA. LA OBLIGADA REFERENCIA AL REGLAMENTO CREADOR DE LA SOCIEDAD ANONIMA EUROPEA.

«El abuso de posición dominante», por JULIO PASCUAL Y VICENTE, pág. 1291.

SUMARIO: 1. PROHIBICION DE LA EXPLOTACION ABUSIVA DE UNA POSICION DOMINANTE: 1.1. NORMATIVA. 1.2. OBJETO DE LA PROHIBICIÓN. 1.3. APLI-

CACIÓN DE LA PROHIBICIÓN. 1.4. GENERALIDAD E INAUTORIZABILIDAD DE LA PROHIBICIÓN. 1.5. ELEMENTOS DE LA PROHIBICIÓN.—2. LA POSICIÓN DE DOMINIO: 2.1. CONCEPTO. INDEPENDENCIA DE COMPORTAMIENTO. 2.2. IDENTIFICACIÓN DE UNA POSICIÓN DOMINANTE. MÉTODOS DE APROXIMACIÓN. 2.3. ANÁLISIS ESTRUCTURAL. 2.4. ANÁLISIS CONDUCTISTA. 2.5. ANÁLISIS DE DEPENDENCIA. 2.6. POSICIÓN DOMINANTE LEGAL. 2.7. POSICIÓN DOMINANTE Y MONOPOLIO. 2.8. POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA.—3. EL ABUSO: 3.1. CONCEPTO OBJETIVO. 3.2. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DOMINANTE. 3.3. FACTORES DE LICITUD DE COMPORTAMIENTO DE LA EMPRESA DOMINANTE. LA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA.—4. EL MERCADO RELEVANTE: 4.1. CONCEPTO Y PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS. 4.2. ÁMBITOS DEL MERCADO RELEVANTE. 4.3. PRINCIPIOS BÁSICOS PARA DEFINIR EL MERCADO RELEVANTE. 4.4. PROCEDIMIENTO PARA DEFINIR EL MERCADO RELEVANTE.—5. ABUSO EN UN MERCADO CONEXO: 5.1. MERCADOS CONEXOS. 5.2. CONDUCTAS ABUSIVAS EN MERCADOS CONEXOS. 5.3. EL CASO PARTICULAR DE LAS «ESSENTIAL FACILITIES». 5.4. CONDUCTAS QUE NO EXTIENDEN O CONSOLIDAN EL DOMINIO EN EL MERCADO CONEXO.

«Títulos habilitantes y concurso de acreedores. A propósito de la sentencia de 22 de junio de 2001, del Tribunal de Apelaciones de Columbia en el caso *Nextwave v. Federal Communications Commission*», por MARÍA ALVAREZ SAN JOSÉ, pág. 1367.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CONFLICTO CON EL ORDENAMIENTO CONCURSAL.—III. EL CONFLICTO POR EL CONTROL SOBRE LAS LICENCIAS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«La explotación desleal de la dependencia económica en Alemania. Eventual incorporación de sus conclusiones al Derecho español», por MARTA ZABALETA DÍAZ, pág. 1379.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA TIPIFICACIÓN DEL SUPUESTO.—III. LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: A) LA FALTA DE ALTERNATIVAS SUFICIENTES Y VIABLES. B) EL MERCADO RELEVANTE: 1. *El mercado del producto*. 2. *El mercado geográfico*. 3. *El mercado temporal*.—IV. LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS: A) LA OBSTACULIZACIÓN. B) LA DISCRIMINACIÓN: 1. *La diferencia de trato*. 2. *Motivos justificativos*: a) Incumplimiento de obligaciones contractuales o legales; b) Reventa a bajo precio; c) Falta de fiabilidad de la empresa dependiente; d) La distribución selectiva. C) LA PONDERACIÓN DE INTERESES.—V. CLASES DE DEPENDENCIA ECONÓMICA: A) LA DEPENDENCIA DEBIDA A LA SELECCIÓN DE PRODUCTOS: 1. *La dependencia absoluta de la marca*. 2. *La dependencia relativa de la marca*. B) DEPENDENCIA DEBIDA AL PODER DE DEMANDA. C) DEPENDENCIA DEBIDA A LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA: 1. *La dependencia del concesionario*. 2. *La dependencia del agente*. D) DEPENDENCIA DEBIDA A LA ESCASEZ.—VI. SANCIONES: A) SANCIONES ADMINISTRATIVAS. B) SANCIONES CIVILES.—VII. ANÁLISIS COMPARADO DEL SUPUESTO DE EXPLOTACIÓN DE UNA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN LAS NORMATIVAS ALEMANA Y ESPAÑOLA.

«Algunos aspectos de la reforma del Derecho español de los signos distintivos. Consideraciones sobre la Ley 17/2001, de marcas», por ENRIQUE BARRERO RODRÍGUEZ, pág. 1425.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. MOTIVOS DETERMINANTES DE LA REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS: II.1. LA NECESARIA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 103/1999, DE 3 DE JUNIO. II.2. LA INCORPORACIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER COMUNITARIO O INTERNACIONAL. II.3. LA EXPERIENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA ANTERIOR LEY DE MARCAS Y LAS EXIGENCIAS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.—III. EXPOSICION DE ALGUNAS NOVEDADES CONCRETAS EN LA NUEVA LM: III.1. EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE MARCA. III.2. EN RELACIÓN CON LAS PROHIBICIONES DE REGISTRO. III.3. EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO DE REGISTRO: III.3.a) *Restablecimiento de derechos*. III.3.b) *Arbitraje*. III.4. EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO DE MARCA.—IV. LA SUPRESION DEL CARACTER REGISTRAL DEL ROTULO DEL ESTABLECIMIENTO.—V. CONCLUSIONES.

«Los contratos —civiles o laborales— de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades», por SERGIO SÁNCHEZ GIMENO, pág. 1461.

SUMARIO: I. LA PROBLEMÁTICA DE LA ACUMULACION DE LAS POSICIONES DE ADMINISTRADOR Y DIRECTOR GENERAL: CUESTIONES GENERALES.—II. EL ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO COMPARADO.—III. EL ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN Y SEPARACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EN DERECHO ESPAÑOL. 2. LA TESIS DE LA COMPATIBILIDAD DE LA RELACIÓN DE ALTA DIRECCIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA. 3. LA TESIS DE LA INCOMPATIBILIDAD DE RELACIONES EN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA ESPAÑOLAS. 4. LA BÚSQUEDA DE VÍAS ALTERNATIVAS PARA SATISFACER LOS INTERESES DE SOCIEDAD Y ADMINISTRADOR: EN ESPECIAL, EL CONTRATO DE GESTIÓN.—IV. EL CRITERIO SEGUIDO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE MAYO DE 2001: ANÁLISIS CRÍTICO: 1. ALGUNAS ANOTACIONES RELATIVAS A LA PROBLEMÁTICA DE DIFERENCIACIÓN DE PRESTACIONES. 2. LA CALIFICACIÓN DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS, VERSUS CONTRATO DE TRABAJO DE ALTA DIRECCIÓN.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

«El Registro de Sociedades Cooperativas: ¿resistencia a la *huida*?», por JESÚS AVEZUELA CÁRCEL, pág. 1487.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL MOVIMIENTO COOPERATIVO Y SU EVOLUCION.—III. EL REGISTRO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.—IV. UN BREVE APUNTE SOBRE SU REGIMEN JURIDICO.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 118 (Octubre-Diciembre 2002)

«Los estudios sobre los partidos políticos: una revisión crítica», por JOSÉ RAMÓN MONTERO y RICHARD GUNTHER, pág. 9.

SUMARIO: LA CRECIENTE BIBLIOGRAFIA SOBRE LOS PARTIDOS.—EVALUANDO EL DECLIVE DE LOS PARTIDOS.—REFORZANDO LA TEORIA SOBRE LOS PARTIDOS.—¿HACIA DONDE VAMOS DESDE AQUI?—REFERENCIAS.

«La mentalidad tradicional como obstáculo a la democratización en el caso boliviano. Factores históricos y culturales en los procesos de modernización», por H. C. F. MANSILLA, pág. 39.

SUMARIO: PRELIMINARES.—LA PERSISTENCIA DE VALORES TRADICIONALES EN LA CULTURA POLITICA.—RAZONES HISTORICAS DE UNA MENTALIDAD CONVENCIONAL-CONSERVADORA.—ASPECTOS DEL LEGADO CULTURAL INDIGENA.—LAS PRIMERAS CRITICAS DE LOS INTELLECTUALES BOLIVIANOS A LA PROBLEMATICA CULTURA-POLÍTICA TRADICIONAL.—LOS BALUARTE DE LA BOLIVIA PROFUNDA.—ENTRE DOS CULTURAS.—CONCLUSIONES PROVISIONALES.

«El federalismo alemán, ¿más cooperación o nueva asimetría?», por KLAUS-JÜRGEN NAGEL, pág. 65.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL FEDERALISMO EN LA ANTIGUA RFA: UN ESTADO UNITARIO DISFRAZADO?—3. EL FEDERALISMO Y LA UNIFICACION.—4. FEDERALISMO ALEMAN E INTEGRACION EUROPEA.—5. A MODO DE CONCLUSION.—BIBLIOGRAFIA.

«Rodríguez Campomanes. Los límites del reformismo ilustrado», por FÉLIX JOSÉ BORNSTEIN, pág. 101.

SUMARIO: CONCEPCION POLITICA DE CAMPOMANES.—EL PODER CRECIENTE DE LOS JURISTAS.—ORDENACION DEL TERRITORIO.—POLITICA FISCAL.—MERCANTILISMO.—REFORMA AGRARIA.—LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO.—EPILOGO.—BIBLIOGRAFIA.

«La ilustración escocesa: ¿un depósito de intuiciones para el neoconservadurismo?», por JOSEP BAQUÉS QUESADA, pág. 143.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. EL VALOR DEL ESCEPTICISMO EN LA POLITICA.—2. LA FORMACION DE LAS REGLAS DE COMPORTAMIENTO.—3. EL ORIGEN DE LA SOCIEDAD Y DEL GOBIERNO.—4. FUNCIONES DE LOS PODERES PUBLICOS, ¿MAS ALLA DEL LAISSEZ FAIRE?—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFIA.

REVISTA JURIDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Número 13 (Mayo-Agosto 2002)

«El derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 11.

SUMARIO: 1. LA REVERSION URBANISTICA: CONCEPTO, REGULACION Y SIGNIFICADO: a) CONCEPTO; b) REGULACIÓN: COMPETENCIA ESTATAL; c) SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA REGULACIÓN ESPECIAL DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.—2. DISTINCION CON FIGURAS AFINES: DESISTIMIENTO, CADUCIDAD Y LIBERACION DE LA EXPROPIACION: a) DESISTIMIENTO DE LA EXPROPIACIÓN; b) NULIDAD DE LA EXPROPIACIÓN; c) CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE EXPROPIATORIO; d) LIBERACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN; e) VÍA DE HECHO.—3. REQUISITOS SUBJETIVOS: LEGITIMACION ACTIVA Y PASIVA: a) LOS SUJETOS DE LA REVERSIÓN; b) TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN; c) COTITULARIDAD DEL DERECHO DE REVERSIÓN; d) LEGITIMACIÓN PASIVA.—4. REQUISITOS OBJETIVOS: a) ALTERACIÓN DEL USO QUE MOTIVÓ LA EXPROPIACIÓN; b) REVERSIÓN EN CASO DE RECALIFICACIÓN DEL PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO; c) REVERSIÓN POR FALTA DE URBANIZACIÓN.—5. PROCEDIMIENTO Y RECURSOS.—6. EFECTOS DE LA REVERSION. EFECTOS FRENTE A TERCEROS.—7. EL JUSTIPRECIO DE LA REVERSIÓN: a) VALORACIÓN DEL JUSTIPRECIO DE LA REVERSIÓN; b) INDEMNIZACIÓN SUSTITUTORIA.—8. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN: a) CADUCIDAD POR FALTA DE EJERCICIO; b) CADUCIDAD POR FALTA DE PAGO; c) ¿EXPROPIACIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN?; d) LA EXTINCIÓN VOLUNTARIA DEL DERECHO DE REVERSIÓN.

«Algunas cuestiones sobre la aplicación supletoria de la LEC en el ámbito contencioso-administrativo», por ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ, pág. 57.

SUMARIO: I. BREVE REFERENCIA A LA LEC 1/2000.—II. SUPLETORIEDAD: INTRODUCCION Y ANTECEDENTES HISTORICOS.—III. ALCANCE DE LA CLAUSULA DE SUPLETORIEDAD.—IV. JURISDICCION Y COMPETENCIA.—V. CUESTIONES PREJUDICIALES.—VI. DISTRIBUCION Y REPARTO DE ASUNTOS.—VII. ABSTENCION Y RECUSACION.—VIII. LAS PARTES: CAPACIDAD Y LEGITIMACION: 1. CAPACIDAD PROCESAL. 2. APRECIACIÓN DE LA FALTA DE CAPACIDAD. 3. CAPACIDAD PARA SER PARTE. 4. LEGITIMACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS E INTERESES DIFUSOS. 5. SUCESIÓN PROCESAL.—IX. REPRESENTACION Y DEFENSA DE LAS PARTES.—X. ACUMULACION: 1. ACUMULACIÓN DE ACCIONES O PRETENSIONES. 2. ACUMULACIÓN DE PROCESOS.—XI. INCIDENTE DE DETERMINACION DE LA CUANTIA.

«Convenios internacionales en materia procesal y notificaciones en la Unión Europea», por NATALIA REUS MARTÍNEZ, pág. 127.

SUMARIO: 1. CONVENIOS EN MATERIA DE COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL.—2. CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE: UN PASO DECISIVO.—3. CONVENIOS EN MATERIA DE EXTRADICION.—4. NOTIFICACIONES EN LA UNION EUROPEA.

Número 14 (Septiembre-Diciembre 2002)

«Algunos aspectos de la negociación colectiva en la función pública», por José RAMÓN RODRÍGUEZ CARBAJO, pág. 11.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. DELIMITACION COMPETENCIAL: 1. NORMATIVA PREDOMINANTEMENTE ESTATAL. 2. EN PARTICULAR, LA DETERMINACIÓN DEL INCREMENTO GLOBAL DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO COMPETENCIA ESTATAL.—III. LA INTEGRACION DE LA NEGOCIACION COLECTIVA FUNCIONARIAL EN EL CONTENIDO DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL: 1. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO CUESTIÓN DE MERA LEGALIDAD ORDINARIA AJENA AL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL. 2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FUNCIONARIAL QUEDA COMPRENDIDA EN EL ARTÍCULO 28.1 DE LA CONSTITUCIÓN.—IV. LA NEGOCIACION COLECTIVA SOBRE LAS MATERIAS ENUMERADAS EN EL ARTICULO 32 DE LA LORAP, SE CONFIGURA COMO UNA OBLIGACION DE CARACTER ABSOLUTO: 1. LA POSICIÓN DE MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: LA LIMITADA OBLIGATORIEDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS FUNCIONARIOS. 2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTERIOR A LAS SENTENCIAS DE 21 DE MARZO DE 2002. 3. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 21 DE MARZO DE 2002.—V. ¿CUANDO PUEDE ENTENDERSE CUMPLIDA ESA OBLIGACION DE NEGOCIAR SOBRE LAS MATERIAS ENUMERADAS EN EL ARTICULO 32 DE LA LORAP?: 1. LA CUESTIÓN EN LA LORAP. 2. LA INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 134.3 DE LA CONSTITUCIÓN. 3. LA APLICACIÓN A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FUNCIONARIAL DE DETERMINADOS PRINCIPIOS PROPIOS DE LA ELABORACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS. 4. LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR SE ENCUENTRA VINCULADA A LAS CIRCUNSTANCIAS DE CADA CASO.—VI. ¿ESTÁN OBLIGADOS EL CONSEJO DE MINISTROS O LOS CONSEJOS DE GOBIERNO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS A INCLUIR EN LOS CORRESPONDIENTES PROYECTOS DE LEY EL CONTENIDO DE LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN LA NEGOCIACION COLECTIVA?: 1. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA: LOS GOBIERNOS NO ESTÁN OBLIGADOS A PRESENTAR PROYECTOS DE LEY QUE RECOJAN LO ACORDADO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 2. LA CUESTIÓN EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 21 DE MARZO DE 2002. 3. LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR UN PROYECTO DE LEY QUE RECOJA LO ACORDADO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL.—VII. ¿PUEDEN EXISTIR ACUERDOS PLURIANUALES EN MATERIA RETRIBUTIVA?: 1. EL ÁMBITO TEMPORAL DE ACUERDOS Y PACTOS EN LA LORAP. 2. LA DOCTRINA CONTRARIA A LOS ACUERDOS PLURIANUALES EN MATERIA RETRIBUTIVA. 3. EL TEMA EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 21 DE MARZO DE 2002. 4. EL ACUERDO ADMINISTRACIÓN-SINDICATOS APROBADO EL 15 DE NOVIEMBRE DE 2002.—VIII. CUESTIONES PROCESALES: 1. EL AUTO DE LA SALA ESPECIAL DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 22 DE MARZO DE 1999: LA ATRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA A LOS TRIBUNALES LABORALES DEL CONOCIMIENTO DE TODAS LAS CUESTIONES DERIVADAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS CELEBRADOS ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SUS TRABAJADORES. 2. EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y SU ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 2.1. *Recurso de casación contencioso-administrativo y libertad sindical de los funcionarios públicos:* A) La doctrina seguida por

la Sala 3.^a del Tribunal Supremo hasta el año de 1991: Las cuestiones de personal, aunque afecten al derecho de libertad sindical, no tienen acceso al entonces denominado recurso de apelación. B) La doctrina seguida por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo a partir de 1991: Admisibilidad de los recursos de apelación y casación cuando, a pesar de versar sobre cuestiones de personal, afectan al derecho de libertad sindical. 2.2. *Recurso de casación contencioso-administrativo y negociación colectiva de los funcionarios públicos*: A) Regla general: la negociación colectiva funcional es una mera cuestión de personal que no es susceptible del recurso de casación contencioso-administrativo. B) Regla especial: los acuerdos fruto de la negociación colectiva funcional son susceptibles de recurso de casación contencioso-administrativo cuando inciden en el núcleo de la política económica general del Estado.—IX. EPILOGO.

«Los actos políticos del Gobierno: ¿límite negativo de la jurisdicción?», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA GARCÍA-SOTOCÁ, pág. 39.

SUMARIO: I. SIGNIFICADO DE LA JURISDICCION: 1. LOS LÍMITES OBJETIVOS DE LA JURISDICCION. 2. LOS LLAMADOS LÍMITES NEGATIVOS DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA.—II. LOS DENOMINADOS ACTOS POLITICOS DEL GOBIERNO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION. 2. LA CATEGORIA DEL ACTO POLITICO. 3. LA CATEGORIA DEL ACTO POLITICO EN LA JURISPRUDENCIA.—III. RECAPITULACION.

«Nuevas tecnologías y urbanismo», por FERNANDO GARCÍA RUBIO, pág. 67 (sin sumario).

«El acoso moral en el trabajo: elementos integrantes, trascendencia jurídica e iniciativas legislativas para su tipificación legal», por JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 97.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO DEL MOBBING Y EL BOSSING: A) DEFINICION CIENTIFICA: a) Actividades de acoso para reducir las posibilidades de la víctima de comunicarse adecuadamente con otros, incluido el propio acosador; b) Actividades de acoso para evitar que la víctima tenga la posibilidad de mantener contactos sociales; c) Actividades de acoso dirigidas a desacreditar o impedir a la víctima mantener su reputación personal o laboral; d) Actividades de acoso dirigidas a reducir la ocupación de la víctima y su empleabilidad mediante la desacreditación profesional; e) Actividades de acoso que afectan a la salud física o psíquica de la víctima. B) DEFINICIONES DE LOS TRIBUNALES: 1.º STSJ de Valencia, de 25 de septiembre de 2001. 2.º SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 18 de abril de 2001, 30 de abril de 2001 y 15 de junio de 2001. 3.º Juzgado de lo Social número 2 de Pamplona, sentencia de 24 de septiembre de 2001. Sistematización de los hechos.—III. EL ACOSO MORAL COMO ACCIDENTE DE TRABAJO.—IV. LA LAGUNA LEGAL EN LA REGULACION DEL MOBBING Y BOSSING.

«Jurados de Expropiación Forzosa y competencia jurisdiccional: el artículo 8.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», por JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS, pág. 117 (sin sumario).

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 33 (Enero-Junio 2002)

«La evolución del régimen foral de Navarra: veinte años del amejoramiento del fuero», por JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZÁRRAGA, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL PUNTO DE PARTIDA: EL AMEJORAMIENTO DEL FUERO: 1. RASGOS GENERALES. 2. SIGNIFICACIÓN PARA NAVARRA. 3. NORMA DE APERTURA DE UNA NUEVA ETAPA DEL RÉGIMEN FORAL.—III. LA NATURALEZA DEL REGIMEN FORAL: 1. LA INTEGRACIÓN DE LO FORAL Y LO CONSTITUCIONAL EN EL AMEJORAMIENTO DEL FUERO. 2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA NATURALEZA DE LA LORAFNA Y DE LA COMUNIDAD FORAL. 3. LA REFORMA DEL AMEJORAMIENTO DEL FUERO: RATIFICACIÓN DE SU CARÁCTER PACTADO.—IV. LAS INSTITUCIONES FORALES: 1. LA NUEVA PLANTA INSTITUCIONAL FIJADA POR LA LORAFNA. 2. EL PARLAMENTO O CORTES DE NAVARRA: RECUPERACIÓN Y CUESTIONES. 3. LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO DE NAVARRA: POLÉMICA Y REFORMA. 4. EL DESARROLLO POSTERIOR: LA CREACIÓN DE NUEVOS ÓRGANOS.—V. LAS COMPETENCIAS DE NAVARRA: 1. DIVERSIDAD DE COMPETENCIAS Y TECHO COMPETENCIAL. 2. EL EJERCICIO POR NAVARRA DE SUS COMPETENCIAS. 3. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COMPETENCIAS. 4. EL CONVENIO ECONÓMICO.—VI. LAS RELACIONES CON EL ESTADO.—VII. CONSOLIDACION Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

«El impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales (Ley Foral 23/2001, de 27 de noviembre)», por IGNACIO AMATRIAIN Cía, pág. 33.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL PODER TRIBUTARIO DE NAVARRA EN RELACION CON LA POSIBILIDAD DE CREAR TITULOS PROPIOS.—III. EL IMPUESTO SOBRE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES Y EL PODER TRIBUTARIO DE LAS CORPORACIONES LOCALES DE NAVARRA.

«Lenguas oficiales en un Estado multilingüe: la correspondiente lengua estándar como parámetro», por MARGA GÓMEZ BORRÁS, pág. 55.

SUMARIO: I. EL COMO Y EL PORQUE DE ESTE TRABAJO.—II. DIVERSIDAD LINGÜÍSTICA: ¿POR QUE? ¿PARA QUE?—III. LENGUA, DIALECTO, HABLA.—IV. QUIEN HACE Y COMO SE HACE UNA LENGUA.—V. LENGUAS OFICIALES Y POLITICAS LINGÜÍSTICAS.—VI. HABLAS RECONOCIDAS PERO NO OFICIALES: ARAGONES Y BABLE.—VII. DOMINIO LINGÜÍSTICO/DOMINIO POLITICO: EL PANORAMA DE LA LENGUA CATALANA. EL CASO DEL ARANES.—VIII. GALLEGO Y EUSKERA, DOS RECUPERACIONES.—IX. FINAL.

«Aspectos societarios de la actividad de capital-riesgo», por RAFAEL LARA GONZÁLEZ, pág. 81.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LAS ENTIDADES DE CAPITAL-RIESGO Y SUS SOCIEDADES GESTORAS.—III. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL-RIESGO.

GO: 1. ASPECTOS ESTRUCTURALES: A) *Régimen de autorización*: a) Régimen común a las entidades de capital-riesgo; b) Régimen específico de las sociedades de capital-riesgo; c) Procedimiento de autorización. B) *Constitución*. C) *Inscripción en los distintos registros*. D) *Revocación de la autorización*. E) *Domicilio*. F) *La reserva de denominación*. 2. ASPECTOS FUNCIONALES. CONDICIONES DE EJERCICIO: A) *Régimen general*. B) *Régimen de inversiones*: a) Coeficiente obligatorio de inversión; b) Coeficiente de libre disposición; c) Limitaciones de grupo; d) Otros límites a las inversiones; e) Incumplimientos temporales de las inversiones. C) *Obligaciones de información y auditoría*: a) Régimen de información a socios; b) Régimen de participaciones significativas. D) *La temporalidad de las inversiones en capital-riesgo*. 3. LA SOCIEDAD DE CAPITAL-RIESGO: SOCIEDAD ANÓNIMA. 4. EL OBJETO SOCIAL: A) *Objeto social principal*. B) *Otorgamiento de préstamos participativos*. C) *Sociedades participadas: Otras formas de financiación*. D) *Asesoramiento profesional*. 5. EL CAPITAL SOCIAL. 6. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: EL CONSEJO. 7. LA PROHIBICIÓN DE REMUNERACIONES O VENTAJAS DE LOS FUNDADORES O PROMOTORES. 8. PREVISIONES ESPECÍFICAS EN LOS ESTATUTOS SOCIALES. 9. LAS ACCIONES RESCATABLES COMO MEDIDA INCENTIVADORA DEL CAPITAL-RIESGO.—IV. EL CONTROL PÚBLICO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL-RIESGO: 1. RÉGIMEN GENERAL. 2. LA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ADMINISTRATIVA ESPECIAL. 3. LA PRESENCIA DE LA CNMV: VALORACIÓN CRÍTICA.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1 (2003)

«Cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura. Aproximació a la seva regulació a la Llei 23/2001», por ALBERT RUDA GONZÁLEZ, pág. 9.

SUMARI: I. INTRODUCCIO.—II. REQUISITS DEL CONTRATE SEGONS LA LLEI 23/2001: 1. DETERMINACIÓ DELS HABITATGES, LOCALS O ALTRES EDIFICACIONS. 2. DETERMINACIÓ DELS ADJUDICATARIS. 3. LA IDENTIFICACIÓ DEL RÈGIM DE PROPIETAT HORIZONTAL. 4. TRANSMISSIÓ DE LA FINCA O EDIFICABILITAT. 5. CONTINGUT NECESSARI DEL CONTRACTE. 6. FUNGIBILITAT DEL CESSIONARI. 7. EQUIVALENCIA DE LES PRESTACIONS.—III. TRANSMISSIÓ DE LA PROPIETAT: 1. PLANTEJAMENT GENERAL. 2. ADQUISICIÓ EN LA TRANSMISSIÓ TOTAL. 3. ADQUISICIÓ EN LA TRANSMISSIÓ PARCIAL.—IV. GARANTIES I CONDICIO DE PROMOTOR.—V. INCOMPLIMENT DEL CONTRACTE: 1. PLANTEJAMENT GENERAL. 2. RESOLUCIÓ ANTICIPADA. 3. INCOMPLIMENT DEFINITIU I COMPLIMENT DEFECTUÓS. 4. RESOLUCIÓ AUTOMÀTICA DEL CONTRACTE. 5. EFECTES DE LA RESOLUCIÓ: A) *Plantejament general*. B) *La restitució de les prestacions*. C) *El rescabament de danys en la resolució del contracte de cessió de sol per obra*.—VI. REFLEXIO FINAL.

«Los efectos de la Ley 1/2000, de 7.1, de Enjuiciamiento Civil en el proceso contencioso-administrativo», por ANGEL GARCÍA FONTANET, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS EFECTOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA DISPOSICION FINAL DECIMO-CUARTA DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO

CIVIL.—III. LOS EFECTOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS DISPOSICIONES FINALES OCTAVA, NOVENA Y DECIMOQUINTA DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—IV. LOS EFECTOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA DISPOSICION DEROGATORIA UNICA DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—V. LA LEC 2000 COMO SUPLETORIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO.—VI. SUPUESTO DE APLICACION DE LA LEC EN SU CONDICION DE NORMA SUPLETORIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO.—VII. SUPUESTOS DE DUDOSA APLICACION DE LA LEC EN SU CONDICION DE NORMA SUPLETORIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO.—VIII. SUPUESTOS DE INAPLICACION DE LA LEC EN SU CONDICION DE NORMA SUPLETORIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO.—IX. CONSIDERACIONES FINALES.

«Interrogatorio por el Tribunal penal en el juicio oral y búsqueda de la verdad», por JOSÉ MARÍA ASSALIT VIVES, pág. 71.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO.—III. CONTENIDO DE LAS PREGUNTAS FORMULADAS DE OFICIO POR EL TRIBUNAL PENAL EN EL JUICIO ORAL.—IV. PRINCIPIO ACUSATORIO.—V. IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN EL JUICIO ORAL.—VI. PRESUNCION DE INOCENCIA Y CARGA DE LA PRUEBA.—VII. BUSQUEDA DE LA VERDAD.

«Sobre la noción positiva de diseño comunitario», por JAUME PELLISÉ CAPELL, pág. 103.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. UNA CUESTION TERMINOLOGICA.—III. DEFINICION POSITIVA DE DISEÑO INDUSTRIAL: APARIENCIAS PROTEGIDAS: A) ELEMENTO INMATERIAL: NOCIÓN DE DISEÑO: a) *Rasgos susceptibles de integrar el diseño de un producto*; b) *La perceptibilidad*; c) *El factor estético*; d) *No tipicidad del elemento funcional*; e) *Ausencia de mención a la actividad humana*. B) EL SOPORTE MATERIAL: NOCIÓN DE PRODUCTO: a) *Alcance del término «...artículo...»*; b) *El carácter «industrial» del producto al que se aplica el diseño*; c) *Los juegos, los conjuntos y las estructuras como productos*; d) *Las piezas «...destinadas a su montaje en un artículo complejo...»*; e) *«...Otras cosas...» que pueden llevar diseño comunitario*.—IV. CONCLUSION.

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 97 (Enero-Abril 2002)

«El principio para igual trabajo igual salario», por GUSTAVO GONZÁLEZ SOLANO, pág. 9.

«Vacíos legales en Costa Rica por el uso de la red *El e-practice*», por BERNAL ARIAS RAMÍREZ, pág. 29.

- «La función social, económica y ambiental de la propiedad», por ENRIQUE ULATE CHACÓN, pág. 67.
- «Comercio electrónico», por JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ, pág. 113.
- «Consideraciones acerca del examen de la causa en la letra de cambio», por GUILLERMO SALAS C., MBA, pág. 133.
- «La galería legislativa de gobernantes de Costa Rica», por JORGE FRANCISCO SÁNEZ CARBONELL, pág. 173.

Número 98 (Mayo-Agosto 2002)

- «El recurso de *habeas data* como forma de tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos personales», por ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ, pág. 9.
- «Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 23.
- «La Comunidad Económica Europea y su política comercial», por ELIETH VARGAS ULATE, pág. 41.
- «El origen y naturaleza del contrato social en Juan Jacobo Rousseau», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 99.
- «Algunas ideas sobre el contrato de tiempo compartido», por OSWALD BRUCE ESQUIVEL, pág. 143.
- «Internet tributaria. La declaración electrónica en Costa Rica», por FRANCISCO VILLALOBOS BRENES, pág. 153.

Número 99 (Septiembre-Diciembre 2002)

- «El nombre de dominio, ¿una nueva forma de propiedad?», por CHRISTIAN HESS ARAYA, pág. 11.
- «Pago por consignación», por JORGE JIMÉNEZ BOLAÑOS, pág. 19.
- «El criterio o principio de equivalencia en el contexto de las medidas sanitarias y fitosanitarias», por MARLEN LEÓN G., pág. 39.
- «Límites y alcances de la intervención estatal en la economía costarricense», por MARIANELLA ALVAREZ MOLINA, pág. 55.
- «La deserción en el proceso agrario», por CARLOS ADOLFO PICADO VARGAS, pág. 141.
- «Comercio electrónico y derechos del consumidor», por OSWALD BRUCE ESQUIVEL, pág. 153.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 2 (Julio-Diciembre 2000)

- «Breves reflexiones sobre el desarrollo económico y social en México», por JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ RAMÍREZ, pág. 11.
- «Las fuentes del Derecho», por JUAN MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 37.
- «Ética, democracia y sociedad civil», por VÍCTOR M. RAMOS CORTÉS, pág. 73.
- «Cultura de la legalidad: estrategias y procedimientos», por CARLOS EDUARDO MOYADO ZAPATA y JOSÉ PADILLA ARRELLANO, pág. 87.
- «El apostolado de la abogacía», por MARTÍN EDUARDO PÉREZ CÁZARES, pág. 111.
- «Proceso y toma de decisiones en la Unión Europea: procedimientos jurídicos y criterios de votación», por RAÚL TRUJILLO HERRERA, pág. 135.
- «Universalismo, globalización y Derecho Internacional», por JORGE ALBERTO CONTRERAS BRAVO, pág. 155.
- «Globalización y medio ambiente», por ALICIA LOEZA CORICHI, pág. 185.
- «La elegibilidad en México», JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 217.
- «La improcedencia y el sobreseimiento en la controversia constitucional», por JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, pág. 253.
- «El papel de la víctima en la política criminal», por SILVIA PATRICIA LÓPEZ GONZÁLEZ, pág. 273.
- «La infidelidad sexual como causal de divorcio en el Código Civil del Estado de Jalisco», por LUIS ACEVES PARRA y ROCÍO DEL SOCORRO RODRÍGUEZ URZÚA, pág. 285.

Número 1 (Enero-Junio 2001)

- «En busca de un nuevo modelo de Estado», por JORGE ALBERTO CONTRERAS BRAVO, pág. 15.
- «La jurisdicción de amparo y la independencia del juez local», por JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, pág. 37.
- «Constitución como norma jurídica para regular a las policías», por ANTONIO DE JESÚS MENDOZA MEJÍA, pág. 67.
- «Democracia y globalización», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 99.
- «Arbitraje comercial: paradigma del Derecho», por FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ, pág. 121.

- «La pobreza en México: propuestas para combatirla», por JOSÉ PADILLA ARRELLANO, pág. 131.
- «La universidad y el derecho a vivir sin miedo», por VÍCTOR MARIO RAMOS CORTÉS, pág. 147.
- «El concepto de los derechos humanos», por PEDRO DE JESÚS PALLARES YABUR, pág. 159.
- «El delito ecológico y el Derecho Administrativo en España», por PATRICIA VILLASANA RANGEL, pág. 191.
- «Donación de órganos y homicidios: la justicia es superior al Derecho y éste a la ley», por TEÓFILO F. CISNEROS MUÑOZ, pág. 235.

Número 2 (Julio-Diciembre 2001)

- «El paradigma de la sustentabilidad del desarrollo: del discurso a los hechos», por RAQUEL GUTIÉRREZ NÁJERA, pág. 15.
- «El trabajo infantil a la luz del Derecho internacional», por MARÍA DELGADINA VALENZUELA REYES, pág. 33.
- «Democracia, participación ciudadana y Derecho Administrativo», por RUBÉN FLORES MEDINA, pág. 59.
- «Algunas reflexiones en torno a los partidos políticos», por VÍCTOR MANUEL LANDEROS ARVIZU, pág. 103.
- «El Congreso del Estado de Jalisco y la Comisión Estatal de Derechos Humanos (designación del Ombudsman)», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 137.
- «La evolución del concepto de los derechos humanos y su concreción en cada etapa histórica», por PEDRO DE JESÚS PALLARES YABUR, pág. 157.
- «Ponencia: Conformación de una Red Latinoamericana de Instituciones para la profesionalización y capacitación de recursos en la seguridad pública y la procuración de justicia», por CARLOS EDUARDO MOYADO ZAPATA, pág. 197.
- «Hacia una justicia penal para menores infractores», por SILVIA PATRICIA LÓPEZ GONZÁLEZ, pág. 231.
- «Negociación colectiva, fijación y revisión salarial», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 245.
- «Situación jurídico-laboral de los empleados del Gobierno del Estado de Oaxaca», por PRÓSPERO LÓPEZ CÁRDENAS, pág. 261.
- «La problemática existencial y del sistema pensionario jubilatorio en las universidades públicas», por ANGEL GUILLERMO RUIZ MORENO, pág. 297.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 3 (2002)

- «Contrats électroniques: normes techniques et réformes juridiques (résumé)», por JANE K. WINN, pág. 711.
- «Les influences extérieures sur la loi polonaise sur les sûretés mobilières: unification, harmonisation ou quid? (résumé)», por FRÉDÉRIQUE DAHAN y GERAD MCCORMACK, pág. 736.
- «La réglementation du crédit-bail mobilier en Amérique latine: plaidoyer pour l'adhésion à la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international (résumé)», por RAFAEL CASTILLO-TRIANA, pág. 750.
- «Le droit à l'exécution en nature dans le contexte de la CVIM, des Principes d'UNIDROIT et du droit libyen (résumé)», por MAHDI ZAHRAA y ABURIMA ABDULLAH GHITH, pág. 774.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Número 106 (Enero-Abril 2003)

- «Un aspecto foral del proceso legislativo: los plazos de presentación de dictámenes de comisiones legislativas al pleno, en Argentina, Chile y Estados Unidos de América, como marco de referencia para una reforma del tema en México», por FRANCISCO JOSÉ DE ANDREA SÁNCHEZ, pág. 9.
- «Foreign Investment in Cuba: Assessing the Legal Landscape», por MELISSA JOHNS, pág. 35.
- «Sobre la significación y designación de las normas. La contribución de Georges Kalinowski a la semántica normativa», por CARLOS I. MASSINI CORREAS, pág. 65.
- «El fisco», por GREGORIO RODRÍGUEZ MEJÍA, pág. 95.
- «Sistema y genealogía del derecho sindical», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 115.
- «La Comisión para el esclarecimiento histórico, verdad y justicia en Guatemala», por JAN-MICHAEL SIMÓN, pág. 147.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 214 (Noviembre 2002)

- «Principios de no discriminación en la jurisprudencia comunitaria: el derecho de los no residentes a un impuesto sobre la renta personal, subjetivo, periódico y progresivo», por ANTONIO M. CUBERO TRUYO, pág. 3.

- «La supuesta necesidad de las medidas diseñadas contra la competencia fiscal lesiva y las iniciativas para su control», por ALFONSO GARCÍA DE LA CALLE y FERNANDO SERRANO ANTÓN, pág. 29.
- «El régimen especial de los grupos de sociedades en la Unión Europea», por ANGELES GARCÍA FRÍAS, pág. 59.
- «Pasado, presente y futuro de la fiscalidad europea de los mercados financieros», por CÉSAR GARCÍA NOVOA, pág. 75.
- «Los establecimientos permanentes, los casos triangulares y el Derecho Comunitario (Un comentario a la sentencia del TJCE Saint-Gobain)», por ADOLFO J. MARTÍN JIMÉNEZ y JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO, pág. 95.
- «La armonización del Impuesto sobre Sociedades: nuevas propuestas de la Comisión Europea», por ALICIA MARTÍNEZ SERRANO, pág. 119.
- «La propuesta de Directiva europea sobre fiscalidad de intereses», por FERNANDO PÉREZ ROYO, pág. 127.
- «Las medidas fiscales españolas a la luz de la competencia fiscal lesiva en el marco de la Unión Europea», por LUZ RUIBAL PEREIRA, pág. 133.

Número 215 (Diciembre 2002)

- «La instrumentación de la política monetaria del Banco Central Europeo», por MIGUEL-ANGEL GALINDO MARTÍN, pág. 9.
- «Política social y principio de subsidiaridad de la Unión Europea», por ALICIA CHICHARRO LÁZARO, pág. 19.
- «La formación y el diálogo social en la Unión Europea», por PABLO MARTÍN URBANO y MARTA TOSTES VIEIRA, pág. 29.
- «Derecho de la competencia y certificación industrial: el asunto *G. P. Manufacturas del Acero, S. A., contra AENOR*», por VICENTE ALVAREZ GARCÍA, pág. 43.
- «Soluciones aceptables para la Comisión Europea en operaciones de concentración incompatibles con el mercado común», por MARÍA PILAR BELLO MARTÍN-CRESPO, pág. 65.
- «El futuro inmediato en Patentes, Modelos de Utilidad, Diseños y Topografías de Productos Semiconductores: Globalización o Supranacionalidad», por JOSÉ-DANIEL VILA ROBERT, pág. 71.
- «Administración pública y practica en el siglo XXI», por JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ, pág. 91.

«La armonización contable fiscal y del Impuesto sobre Sociedades dentro de la Unión Europea», por ELENA FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, **pág. 109.**

«La reforma de la facturación en el IVA», por ISAAC MERINO JARA, **pág. 127.**

Número 216 (Enero 2003)

«El transporte público de viajeros por carretera en la Unión Europea: el progresivo camino hacia la liberalización del sector», por ESTANISLAO ARANA GARCÍA, **pág. 9.**

«El Derecho de la Competencia interno y comunitario de aplicación al transporte terrestre», por FERNANDO JOSÉ CHÁSCALES MORENO, **pág. 23.**

«Transportistas y servicios postales ante la liberalización comunitaria», por ALBERTO GARRIDO PÉREZ, **pág. 41.**

«Servicio público, liberalización y Derecho de la competencia», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, **pág. 49.**

«Transporte por carretera», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, **pág. 53.**

«La dimensión internacional de la política común de transportes en los albores del siglo XXI», por JUAN JOSÉ MARTÍN ARRIBAS, **pág. 59.**

«La liberalización y el servicio público del transporte por carretera en la Unión Europea», por DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, **pág. 75.**

«El transporte en Alemania en el contexto de la Unión Europea», por JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, **pág. 93.**

«El protocolo sobre la aplicación del Convenio de los Alpes en el ámbito de los transportes y el Derecho Comunitario», por JOCHEN SOHNLE, **pág. 107.**

Número 217 (Febrero 2003)

«Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales», por MIQUEL PALOMARES AMAT, **pág. 3.**

«Las nuevas perspectivas financieras para la Comunidad Valenciana ante el reto de la ampliación de la Unión Europea», por J. ISMAEL FERNÁNDEZ y ANA MARÍA SANTACREU GIL, **pág. 17.**

«El Mercado Unico europeo en el ámbito de los Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (OICVM)», por RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ, **pág. 35.**

- «La potestad normativa del Banco Central Europeo y del Banco de España: una transformación del tradicional sistema de fuentes», por MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA, pág. 57.
- «Balance y perspectivas de futuro de la política de fomento audiovisual de la Unión Europea: del programa *Media II* al programa *Media Plus*», por FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA, pág. 67.
- «Los sistemas de seguridad jurídica en el mundo de la globalización agraria», por JESÚS LÓPEZ MEDEL, pág. 99.
- «El sistema portuario», por JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ, pág. 103.
- «La Unión Europea y la estrategia sobre gestión integrada y sostenible del litoral», por F. J. SANZ LARRUGA, pág. 117.
- «La nueva propuesta comunitaria en relación con el Impuesto sobre las labores del Tabaco», por GLORIA ALARCÓN GARCÍA y ENRIQUE JIMÉNEZ REYNA, pág. 133.

Número 218 (Marzo 2003)

- «La reforma del sistema jurisdiccional de la Unión Europea en el Tratado de Niza. Balance y perspectivas», por PAZ ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA y BERNARDO FERNÁNDEZ PÉREZ, pág. 9.
- «El Comité de las Regiones cara a la ampliación: Las modificaciones de Niza», por ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ, pág. 25.
- «La cooperación policial y la cooperación judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea. Nuevas perspectivas», por CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO, pág. 35.
- «Los Derechos Humanos en la Unión Europea: Mucho más que una cuestión retórica o doctrinal», por CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, pág. 49.
- «La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea tras la "cumbre" de Niza. La política europea de seguridad y defensa», por ALBERTO A. HERRERO DE LA FUENTE, pág. 63.
- «La Unión Europea y su futuro: El debate competencial», por ARACELI MANGAS MARTÍN, pág. 79.
- «La cláusula de cooperación reforzada a la luz del Tratado de Niza: Crónica de una modificación necesaria», por JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, pág. 95.