

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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. Francisco Corral Dueñas.
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 M.^a Díaz Fraile.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«El deber de contribuir a los gastos de mantenimiento familiar de todos los convivientes en el domicilio familiar», por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1193
«Las cláusulas generales de la contratación y el control de las cláusulas abusivas», por CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS	1225
«La reintegración de la masa de la quiebra: régimen de ineficacia de los actos de enajenación perjudiciales para los intereses concursales», por MARGARITA JIMÉNEZ-HORWITZ	1257
«El valor jurídico de los principios cooperativos. A propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas», por IVÁN TRUJILLO DIEZ	1329
«El embargo de bienes gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (conclusión)», por MIGUEL VAQUER SALORT	1361
«Apuntes sobre la multipropiedad», por M. ^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ	1429

DICTAMENES Y NOTAS

«La prefiguración de los complejos inmobiliarios y su modificación mediante instrumentos urbanísticos», por JOSÉ ANTONIO CARRILLO MORENTE	1451
«La esquizofrenia como causa de separación matrimonial en el Ordenamiento Jurídico-Civil español», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	1477

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1491
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1499
--	------

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1509
B) Resoluciones comentadas, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA	1518

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	1541
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	1562
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1594

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Bienes inmuebles y sociedad conyugal», de JOSÉ LÓPEZ LIZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1607
«Estudios de Derecho Agrario», de LUIS AMAT ESCANDELL y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1610
«Parerga histórica», de ALVARO D'ORS, por PATRICIA ZAMBRANA MORAL	1612
«Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español», de SOFÍA DE SALAS MURILLO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1617
«Libro homenaje a Jesús López Medel», de JUAN VALLET DE GOYTISOLO y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1620
«Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad», de MARIO CLEMENTE MEORO, por JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET	1626
«Derechos reales. Derecho hipotecario», de MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1630

REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN, comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1637
--	------

ESTUDIOS

El deber de contribuir a los gastos del mantenimiento familiar de todos los convivientes en el domicilio familiar

SUMARIO: I. INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.—II. FUNDAMENTO, CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DE LA OBLIGACION DE LOS PARIENTES DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DEL MANTENIMIENTO FAMILIAR: A) FUNDAMENTO DE LA OBLIGACION LEGAL. B) CONCEPTO DE LA OBLIGACION DE LOS PARIENTES. C) PRESUPUESTOS LEGALES DE LA OBLIGACION DE LOS PARIENTES CONVIVIENTES. D) LÍMITES DE LA OBLIGACION.—III. NATURALEZA JURIDICA DE LA OBLIGACION: A) OBLIGACION LEGAL. B) CARÁCTER GRATUITO DE LA OBLIGACION. C) RECIPROCIDAD. D) RÉGIMEN MANCOMUNADO DE LA OBLIGACION. E) RELATIVIDAD Y VARIABILIDAD DE LA OBLIGACION. F) CARÁCTER PERSONALÍSIMO E INDISPONIBLE DE LA OBLIGACION.—IV. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR: A) EXIGIBILIDAD Y ABONO DE LA CONTRIBUCION: CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO Y OBLIGATORIO. B) DETERMINACION DE LA PRESTACION: SU CARÁCTER ALTERNATIVO Y SU CUMPLIMIENTO PERIÓDICO. C) CUESTIONES RELATIVAS A LA CUANTÍA DE LA PRESTACION: FIJACION; VARIACION...—V. EXTINCION DE LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR.—VI. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

La Ley 8/1998, de 15 de julio, del Código Civil de Familia de Cataluña, ha introducido la obligación de contribuir a los gastos del mantenimiento familiar de los parientes que convivan con la misma en el domicilio familiar.

Obligación legal que se establece en el artículo 5 del señalado Código, el cual, con carácter genérico, hace referencia, y además, lo titula como *la contribución a los gastos del mantenimiento familiar*.

Nos encontramos, pues, ante un precepto concreto que ha intentado no dejar paso a ambigüedades, graduando la obligación en todas sus vertientes, pero principalmente por razón de los sujetos obligados, en tres apartados

distintos. Así pues, se recoge en su primer párrafo el deber de los cónyuges de contribuir a los gastos familiares, en los siguientes términos:

«En la forma que pacten, los cónyuges contribuyen a los gastos del mantenimiento familiar con la aportación propia del trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios».

En su párrafo segundo, se concreta la obligación de los hijos, imponiéndose un límite temporal, esto es, mientras convivan con la familia, especificándose que:

«Los hijos, mientras convivan con la familia, contribuyen proporcionalmente a estos gastos en la forma prevista en el artículo 146» (1).

Párrafo que tiene su equivalente en el artículo 155.2.º del Código Civil donde se prevé el deber relativo al contenido patrimonial de la patria potestad, y, que señala que «Los hijos deben contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella» (2).

(1) El artículo 146 del Código Civil hace referencia dentro *del contenido de la patria potestad* a la contribución de los hijos a los gastos familiares de forma bastante clara y concreta, al señalar expresamente que «Los hijos tienen el deber de contribuir equitativamente a los gastos familiares mientras convivan con la familia, con los ingresos que obtengan de su actividad, con el rendimiento de sus bienes y derechos y con su trabajo en interés de la familia. Por lo tanto, el padre y la madre pueden destinar los frutos de los bienes y derechos que administran al mantenimiento de los gastos familiares en la parte que equitativamente corresponda».

Pero es que, además, en su párrafo segundo se establece que «si hay bienes y derechos de los hijos no administrados por el padre y la madre, la persona que los administra debe entregar a aquéllos, o a aquél de los dos que tenga el ejercicio de la potestad, en la parte que corresponda, los frutos y rendimiento de los bienes y derechos afectados. Se exceptúan los frutos procedentes de bienes y derechos atribuidos especialmente a la educación o formación del hijo o hija, que sólo deben entregarse en la parte sobrante o, si el padre y la madre no disponen de otros medios, en la parte que, según la equidad, la autoridad judicial determine». Precepto cuyo antecedente inmediato se encontraba en el artículo 16 de la derogada antigua Ley 12/96, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre, sin vigor tras la promulgación del Código de Familia de Cataluña.

(2) Texto vigente según Ley 11/1981, de 13 de mayo, novedad introducida por dicha Ley en el Capítulo I, como consecuencia de haberse suprimido el antiguo usufructo que se concedía a los padres sobre los bienes de sus hijos en potestad. Debe apreciarse la actualización y clarificación del concepto pues de cargas familiares (art. 155-2.º del Código Civil) se pasa al término más moderno y concreto de gastos familiares.

No obstante, el objeto de nuestro estudio se va a centrar concretamente en el apartado tercero del citado artículo 5, que hace referencia a una cuestión nueva, no introducida hasta este momento en nuestro ordenamiento (3), basada en que:

«Los demás parientes que conviven con la familia contribuyen a ello, en su caso, en la medida de sus posibilidades y de acuerdo con los gastos que generan» (4).

La norma se incluye dentro del Título I, relativo «al matrimonio y sus efectos», lo cual nos pone de manifiesto cómo la contribución a los gastos familiares despliega sus efectos precisamente cuando el matrimonio pasa a otra fase, es decir, cuando se amplía la comunidad de vida con otros miembros, ya sean hijos o parientes.

En el Preámbulo de la Ley el legislador se refiere al artículo en cuestión, destacando su novedad y señalando que «se ha aclarado la obligación de contribuir a las cargas de la familia de todos aquellos que vivan bajo un mismo techo». Precepto que se asienta, en cierta medida, sobre la base de un acuerdo entre los familiares individualmente y la familia en conjunto pues en otro caso es evidente que los parientes son libres de vivir por su cuenta contando con sus propios medios.

Dentro del deber de contribuir a los gastos del mantenimiento familiar las tres obligaciones que se contienen en los tres párrafos son diferentes, tanto en la función como en su contenido, pues no se pueden poner en un mismo plano de igualdad.

(3) La concreción de esta obligación constituye una innovación, pues en la Compilación de Navarra únicamente se recoge en la Ley 63 el deber de los hijos de contribuir al sostenimiento de la familia mientras convivan con ella. E incluso también en la legislación foral de Galicia, la Ley 3/97, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia, recoge en su artículo 10 el deber de los hijos de contribuir «al desarrollo de la vida familiar colaborando en las actividades domésticas sin distinción de sexo conforme a su edad, madurez y circunstancias». En ninguna de las legislaciones forales se incluye el deber en relación con los parientes, ni como es sabido en el Derecho común.

(4) Debemos hacer constar una cuestión que nos ha llamado poderosamente la atención y es precisamente el tiempo del verbo utilizado a lo largo de todo el precepto. Como puede observarse se utiliza el tiempo presente (los tres párrafos recogen el mismo verbo y tiempo «contribuyen») y no el futuro (contribuirán) o el condicional (contribuirían). Tiempo presente que indica realidad actual frente al futuro o condicional como «deberán contribuir» (tiempo utilizado por el Código Civil al hacer referencia al deber de los hijos de contribuir al sostenimiento económico de la familia). Realidad social que el legislador catalán quiere precisamente aclarar y, además, resaltar por la innovación que supone también esta obligación para los parientes convivientes. Pero es que, además, frente a las enmiendas presentadas por el Grupo Popular y el de Convergencia i Unió, donde siempre se propone la utilización del verbo «deber» (concretamente «deben contribuir») en el Código se utiliza directamente la expresión «contribuyen», lo que supone la utilización de una afirmación con rotundidad.

La cuestión que proponemos estudiar, la obligación de los parientes convivientes, tiene su importancia, pues al introducirla en el contenido patrimonial familiar se pone de manifiesto la existencia de una realidad social como es la del surgimiento, o al menos la consideración, y la importancia de un tipo de familia, en cierto modo extensa, que parecía que había caído en desuso en los últimos tiempos (5). Es lo que se ha denominado por algún autor como familia plurigeracional o extensa (6).

El tema objeto de análisis pone de manifiesto, también, el cambio producido en la idea tradicional de que las relaciones familiares, y especialmente el ámbito de la contribución a sus gastos, tienen un contenido esencialmente ético, de difícil sanción jurídica —y en conexión con ello, la concreción de la familia como una esfera amparada por la privacidad donde el poder público carece de capacidad interventora. El legislador catalán ha estado acertado al regular la necesidad de contribuir a los gastos familiares de todos los miembros que componen la familia y que de hecho son los generadores de los mismos. De manera que además de ser una norma surgida del propio concepto de solidaridad familiar, nace precisamente de las necesidades de la vida descargándosele, en parte, el contenido moral o ético que parecía ser central o primordial en la norma del artículo 155 del Código Civil. De esta manera el precepto es concreto, y no necesita matización alguna, pues se halla bastante limitado por las normas que le rodean.

No obstante, también es necesario señalar que este novedoso apartado 3.º del artículo 5 del Código de Familia, aumenta el ámbito de acción del juego de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico-familiar (por su propio carácter dispositivo como veremos más adelante). Hecho que obedece al fundamento del propio precepto dirigido a un tipo de familia actual de carácter igualitario y asociativo que permite que sus miembros establezcan este pacto de contribución a los gastos. Y desde luego la tendencia actual a convertir este tema de ámbito propiamente familiar a un tema privado sin mucha trascendencia social.

Sin olvidar, a su vez, el paso al establecimiento de la familia como una estructura básica de integración social. Así, el legislador entrevé la posibilidad de integrar a los ancianos —por ejemplo— en su propio ámbito, refirién-

(5) Hasta este momento tanto el artículo 155.2 como el artículo 165 del Código Civil, ambos referidos al deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, hacen referencia a la familia estricta, limitada al matrimonio y a los hijos del artículo 1.362-1 del Código Civil, según declara LINACERO DE LA FUENTE, *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Montecorvo, Madrid, 1990, pág. 305. No obstante, el nuevo concepto de contribución a los gastos familiares es de por sí más extenso al incluir a los parientes como sujetos titulares de la obligación.

(6) ALONSO PÉREZ, «La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil», en AC, núm. 1, 5 al 11 de enero de 1998.

dose a la familia en general, no adoptando ningún modelo específico de familia, ya que el concepto de familia se cimenta sobre dos principios específicos como son el de *personalidad del individuo* y el de *comunidad de vida estable*. En torno a los cuales la doctrina ha concretado la existencia de tres tipos distintos de familias existentes en la sociedad actual, la familia extensa (plurigeracional o pluriparental), la familia unilineal o monoparental, y, por último, las familias recompuestas. Y es precisamente dentro del primer grupo, donde nace el deber de contribuir de los parientes a los gastos familiares. De esta manera se puede decir que el legislador catalán ha introducido el precepto para adecuar el instituto a los nuevos modelos sociales de la época actual. Igualmente cabe matizar que el precepto es el resultado de la evolución de la sociedad en un plano económico que trasciende al Derecho de Familia.

Por último, baste señalar en este momento que la introducción del precepto no trata de hacer una mera proclamación de principios abstractos sino que se concretiza en un hacer.

II. FUNDAMENTO, CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DE LA OBLIGACION DE LOS PARIENTES DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DEL MANTENIMIENTO FAMILIAR

A) FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL

El *fundamento* de la obligación es la manifestación de la *unidad*, y, sobre todo, de la *solidaridad de todos los convivientes de la familia* dirigida a su sostenimiento, pues precisamente el mantenimiento indica la provisión presente y futura del alimento —en sentido amplio— necesario de todos sus miembros. Expresión que engloba como supuesto primordial costear las necesidades familiares, cuya finalidad se centra en conservarlas y, desde luego, sostenerlas, pero también en desarrollarlas. Estamos refiriéndonos a la ayuda común de la resolución concreta y continua de la situación económica familiar, independientemente de que exista necesidad o no y cuyo presupuesto se centra en la convivencia y en la idea de grupo unitario con una estructura económica.

Solidaridad que, en parte, es semejante a la obligación de los comuneros de cooperar pecuniariamente según sus posibilidades. Con la imposición de esta obligación se demuestra que los intereses familiares son superiores a los intereses singulares del individuo. Como veremos más adelante, se trata de un deber que nace del concepto moderno de Derecho de familia de *solidaridad familiar*. Este deber especial no puede considerarse aisladamente sino como parte de una relación de colaboración que se funda en el deber inderogable de solidaridad. Todos los convivientes deben contribuir a la vida regular de la

familia. En interés de la familia se deben satisfacer las necesidades de cada miembro particular. Como contrapuesto al deber de contribuir, existe y subsiste el derecho de cada componente de la familia de exigir el cumplimiento del deber mismo. De ahí que se configure como una relación obligatoria.

Resulta significativo que sea el propio legislador quien intenta enfatizar este principio de Derecho de familia, salvaguardando la comunión de vida material y espiritual que debe ir unida a los singulares miembros de la comunidad familiar al establecer esta obligación legalmente.

La importancia de este nuevo deber se fragua en conexión con el cambio que se está produciendo en torno a la familia, concretamente con su transformación económica, que de ser una pieza clave en los medios de producción (pensemos en el tipo de familia agraria existente durante la publicación del Código Civil) ha devenido en el momento presente a un tipo de familia de consumo. Tal vez por esa razón en el Código Civil no se hace referencia alguna a parientes, mientras que sí aparece en este Código de Familia catalán. Lo cual induce a pensar en una posible contradicción, pues mientras que parece imponerse la existencia cada vez más extendida de la familia nuclear —sólo matrimonio e hijos, o incluso sólo matrimonio (debido al descenso de la natalidad)— el legislador se dedica a regular los efectos que provocan un tipo de familia más extenso donde se incluyen parientes convivientes.

No debemos olvidar que como consecuencia del propio fundamento de la obligación de contribuir de los parientes, es indiferente la existencia de una conducta desordenada o disoluta de los progenitores (ser derrochones o no llevar una economía equilibrada).

En último término, debemos hacer hincapié en la idea de integración social dentro de la propia familia de los miembros más desprotegidos, ya sean ancianos o niños sin padres sometidos a la tutela de sus abuelos (7).

B) CONCEPTO DE LA OBLIGACIÓN DE LOS PARIENTES

Ante el nacimiento de exigencias económicas de la familia y su valoración, surge la necesidad de hacerlas frente por los miembros que componen la familia, y que el legislador ha considerado acertadamente, que son todos

(7) Razonamiento sobre el cual se inspiran las actuales leyes de diversas Comunidades Autónomas relativas a la familia, la infancia y la adolescencia (vid. nota a pie de pág. núm. 3) que ponen el énfasis en la consideración de la familia como una de las estructuras básicas de integración social. Se trata de impulsar desde el ámbito del poder público un cambio en la consideración de la familia como estructura básica de protección social, pues no debemos olvidar que detrás se encuentra el artículo 39 CE que impone la obligación a los poderes públicos de dispensar protección jurídica, económica y social a las familias.

los convivientes en su seno y así lo ha concretado en el artículo 5 (8). Expresión la de *contribuir* que denota la existencia de una actividad por parte de todos los miembros que convivan bajo un mismo techo.

La inclusión del parentesco, o más exactamente de los «parientes convivientes» supone una ampliación subjetiva en la obligación de contribuir a los gastos familiares establecidos en el Código de Familia catalán (9) frente a la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares del matrimonio y de los hijos establecida por el Código Civil.

Resulta necesario detenerse previamente en la expresión genérica de *contribución de los gastos del mantenimiento familiar*, título del precepto (10), con la cual se alude al contenido de los mismos sin hacer referencia expresa a los sujetos que deben soportarlos, de ahí precisamente que en los párrafos sucesivos se aclare quiénes son los sujetos titulares de la obligación perfilándose aparentemente el concepto de gastos familiares, como veremos más adelante.

El concepto de gastos familiares es la primera vez que se introduce en una normativa. Tal vez sea por el contenido económico de la expresión o por que se tiende cada vez más a concebir y mantener la consideración de familia como comunidad de iguales, donde hay una dirección conjunta de la vida

(8) Aunque luego nos detengamos más en este concepto, baste señalar en este momento que el calificativo convivientes que acompaña al término de parientes fue introducido por las diferentes enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios en el informe de la Ponencia de 11 de junio de 1998. Concretamente el Grupo de Convergencia i Unió (en la enmienda 46) señaló la necesidad de introducir que «todos los otros parientes *que convivan con la familia* deben contribuir...» Y aún más expresivo fue el Grupo Popular que (en la enmienda 47) propuso que el artículo quedará redactado de la siguiente forma: «Todos los parientes *de los cónyuges que convivan en el domicilio familiar* deben contribuir...», aunque como ya hemos expuesto, finalmente el texto definitivo se aproximó más a la enmienda 46. *Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña* de 11 de junio de 1998, núm. 299, pág. 23936.

(9) Aunque recordemos que su introducción no fue unánimemente aceptada, pues el Grupo Socialista pretendió la supresión de todo el texto del apartado 3.º como se aprecia en la Enmienda 45 del Informe de la Ponencia de 11 de junio de 1998.

(10) En cuanto a la rúbrica del precepto, el informe de la Ponencia hacía simplemente referencia a la «contribución al mantenimiento». Posteriormente, fue en el trámite de enmiendas, cuando el Grupo de Convergencia i Unió propuso su modificación y apuntó como rúbrica «la contribución a las dispensas familiares» (enmienda núm. 48), mientras que el Grupo Popular se decantó por la introducción y adición de los siguientes términos «contribución al mantenimiento de las dispensas familiares» (enmienda núm. 49). Quedando definitivamente aprobado como «contribución a los gastos del mantenimiento familiar».

La diferencia semántica es perceptible, pues no es lo mismo referirse a «la contribución al mantenimiento de los gastos familiares», como señala la enmienda, donde parece que se está pensando en mantener y desarrollar los gastos y no hacer frente a los mismos, que la rúbrica definitiva del texto legal que alude a «la contribución a los gastos del mantenimiento familiar», donde se pone el énfasis en la aportación común a los gastos.

familiar, y, por consiguiente, es necesaria una contribución económica a la misma. Se produce una colaboración y/o contribución de todos y cada uno de los miembros de la familia en dos direcciones: por un lado, desde el punto de vista activo, se pide a sus componentes una actuación directa en favor de la familia, y, por otro lado, desde el punto de vista económico, se les exige, a su vez, que contribuyan a su sostenimiento. Contribución que con la introducción de los parientes convivientes remarca su carácter de generalidad.

Previamente el artículo 4 del Código de Familia aclara el concepto de *gastos familiares* que nos recuerda al concepto de cargas atribuidas a la sociedad de gananciales incluidos en el artículo 1.362-1 del Código Civil, referentes al sostenimiento de la familia. Gastos que se concretan en la alimentación, educación y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, sin olvidar la posibilidad de ampliación cuya extensión vendrá impuesta no sólo por los diferentes miembros de la familia como componentes que conviven, sino también por las circunstancias propias de la familia —no sólo las ordinarias sino también las extraordinarias—, e incluso por el nivel de vida de la misma. Aquí se produce una distinción con el concepto de cargas familiares de los preceptos 155 y 165 del Código Civil donde la extensión o ampliación de las mismas se verá determinada únicamente por los cónyuges como directores de la convivencia.

El legislador catalán ha señalado en el precepto de modo genérico «*los gastos necesarios para el mantenimiento de la familia, con adecuación a los usos y el nivel de vida familiar*». Nuestra misión consiste en concretar qué se entiende por nivel de vida familiar. Término que de modo genérico se refiere a las condiciones de vida de una colectividad, las cuales se deducen de una serie de factores cambiantes en el tiempo, en el lugar...

En una primera aproximación al concepto, referido al ámbito familiar, podemos establecer que quedará determinado por las disponibilidades económicas de sus miembros, o por la propia voluntad de los componentes del grupo. Así, puede darse el caso del pariente pobre, jubilado o pensionista que convive con la familia de un nivel de vida superior, o viceversa, aunque más infrecuente el pariente rico o con recursos que convive con la familia de ingresos inferiores y que hace aumentar el nivel de vida familiar. Pero también el nivel de vida queda determinado por el acuerdo familiar, el cual no es inamovible y puede variar.

No obstante, al indicar expresamente el legislador la consideración de gasto familiar en relación con la posición económica de sus miembros, se está pensando en que todos los componentes sean patrimonialmente responsables de los actos que se realicen en la familia, por la familia y para la familia.

En ningún momento el legislador concreta, ni puede hacerlo, la posición social de la familia, sino que alude a ella como una expresión abstracta; aunque el párrafo primero referido al deber de contribuir de los cónyuges nos

da la pauta para aproximarnos a esta posición al referirse al pacto de los cónyuges a fin de determinar su nivel de ingresos o su patrimonio.

Posteriormente concreta que tales gastos son los originados en concepto de *alimentos* en su sentido más amplio. Así, realiza un reenvío al artículo 259 del Código de Familia, primer precepto del Título VIII referente a «Los alimentos entre parientes», el cual los define como «*todo lo indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido y la asistencia médica del alimentista; así como los gastos para la formación si éste es menor, y para la continuación de la formación, una vez llegado a la mayoría de edad, si no la ha finalizado antes por causa que no le sea imputable. Asimismo los alimentos incluyen los gastos funerarios*» (11).

También engloba dentro de los gastos familiares los de adquisición y mejora, si es de titularidad conjunta, de las viviendas u otros bienes de uso de la familia, y, en todos los casos los gastos de conservación. Incluyéndose los derivados de la adquisición, del pago de mejoras y de préstamos concedidos con la finalidad de adquirir o realizar mejoras en la vivienda familiar o en otros bienes de uso de la familia. Debemos tener presente también la inclusión de aquellos gastos que son de cuenta de la familia, como las cargas fiscales, en concreto, el IRPF.

Por último se refiere a las «atenciones de previsión, médicas y sanitarias», las cuales, en esta sociedad del bienestar, cada vez son más importantes, y entre las que se encuentran los seguros, las cuentas de ahorro o planes de pensiones (cualquier tipo de producto financiero), o incluso las médico-preventivas.

Sin olvidar la posibilidad de comprender aquellos gastos acordados por la unidad familiar aunque sobrepasen el nivel de vida.

A modo de conclusión, los gastos que deberán ser cubiertos se corresponderán siempre al portador del interés familiar más necesitado de protección que variará en relación con el tiempo, con el momento o con las circunstancias y que supongan el desarrollo físico, mental, moral y social de sus miembros.

Una vez aclarado qué se entiende por contribución, y qué comprende el concepto de gastos, debemos concretar en qué ámbito actúa. A mi juicio, el legislador ha querido limitarlo solamente a la familia matrimonial por hallarse encuadrado dentro del título relativo al matrimonio (Título I: efectos del matrimonio) en conexión con el tema de la patria potestad. (Título VI: la potestad del padre y de la madre). Deducción que no hubiera sido necesaria si se hubiera concretado en el precepto la enmienda presentada por el Grupo popular que proponía que «Todos los parientes *de los cónyuges que convivan*

(11) Precepto que proviene del artículo 1 de la Ley 10/96, de 29 de julio, de alimentos entre parientes, derogada tras la publicación del Código de Familia.

en el domicilio familiar deben contribuir...» Delimitación que implica la no-regulación de la obligación de contribuir al mantenimiento de los gastos familiares en el supuesto de las parejas no unidas en matrimonio (12).

Precisamente, la Ley 10/98, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, que se refiere tanto a la unión estable heterosexual (cap. I), como a la unión estable homosexual (cap. II), indica la posibilidad de regulación de la convivencia —en forma verbal, por escrito, o en documento público— de las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como sus respectivos derechos y deberes. Y, seguidamente, el legislador catalán señala, tanto para el caso de las parejas heterosexuales como homosexuales, que si no hay pacto los miembros de la misma contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes (aquéllos necesarios para su sostenimiento y el de los hijos y las hijas comunes o no que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida). De igual modo que se regula en el artículo 5-1 del Código de Familia para el supuesto de los cónyuges. Evidentemente aquí no se habla de gastos familiares sino de gastos de la pareja, y no se incluyen tampoco a los parientes ni a los hijos como sujetos obligados a contribuir pues precisamente el legislador pretende la regulación de la pareja, lo que no impide que dicha pareja se autorregule por medio de pactos y concrete la contribución de estos parientes o de los hijos a los gastos que surjan de la «unidad familiar».

Por último señalar que la contribución a los gastos del mantenimiento familiar no implica un desglose personal de aportación determinada dirigida a un gasto concreto, sino que se trata de una aportación genérica y con carácter temporal sucesivo. Los beneficiarios del deber de contribuir son todos los componentes de la familia que normalmente estará formada por el matrimonio, los hijos y los parientes convivientes. Y ello precisamente porque la obligación legal es siempre recíproca, cualquiera de los sujetos de la relación jurídico-familiar contemplada puede ser indistintamente acreedor o deudor.

El legislador catalán ha querido distinguir y, además, clarificar la obligación de los *hijos* y de los *parientes* de *contribuir a los gastos del mantenimiento familiar*, del artículo 5 del Código de Familia catalán; del deber de los *hijos* de *contribuir al levantamiento de las cargas de la familia* proclamado en el artículo 155-2 del Código Civil. Preceptos que, además, se hallan localizados en diferentes capítulos en sus respectivos textos normativos. Así, el deber de *contribuir al levantamiento de las cargas de la familia* se incluye dentro del Código Civil, en el Capítulo I, referido a las Disposiciones Gene-

(12) Como expresamente proponía el grupo parlamentario de Iniciativa por Cataluña y Los Verdes, en la enmienda 39 de adición del párrafo 1.º del precepto, «si no hay pacto, los cónyuges o *los miembros de la pareja de hecho...*».

rales, del Título VII dedicado a la regulación de las relaciones paterno-filiales. Mientras que el Código de Familia incluye la *contribución a los gastos del mantenimiento familiar* dentro del Capítulo I, relativo a las disposiciones generales del Título I referente a los efectos del matrimonio.

C) PRESUPUESTOS LEGALES DE LA OBLIGACIÓN DE LOS PARIENTES CONVIVIENTES

El precepto objeto de estudio se configura para poner de manifiesto la legitimidad jurídica de la obligación de contribuir a los gastos del mantenimiento familiar de los parientes convivientes.

La primera cuestión a dilucidar se centra en determinar el *sujeto activo de la obligación*, pues hasta ahora, siguiendo tanto el Código Civil como las disposiciones existentes, sólo se predicaba el concepto de cargas de la familia desde el punto de vista de las relaciones conyugales y de filiación.

No debemos olvidar las palabras de DÍEZ PICAZO que señala que el parentesco no constituye una verdadera relación jurídica, por cuanto que el Derecho no lo regula orgánicamente como tal relación. Y define el parentesco como la cualidad recíprocamente atribuida a dos personas ligadas entre sí por la existencia de un ascendiente común (de consanguinidad) o por el matrimonio de alguno de los miembros de una familia con el de otra (de afinidad). Abondando un poco más, resulta interesante recordar como no se consideran parientes desde el punto de vista jurídico, los parientes consanguíneos de cada uno de los cónyuges (por ejemplo, los consuegros, los concuñados), ni los llamados parientes espirituales (como los padrinos y ahijados). En esta línea pues, cabe diferenciar a los parientes de los simplemente allegados, o incluso de cualquier miembro de la familia (13).

Evidentemente estos son los supuestos generales en el que los parientes se incluyen en los ejemplos clásicos de familia matrimonial, o en los nuevos tipos de familias matrimoniales (padre divorciado, soltero o viudo, que se une en matrimonio con madre soltera, divorciada o viuda, y que en común tienen hijos), pero donde no debemos olvidar que también tiene cabida los supuestos de la familia no matrimonial pensemos en el caso de madre soltera e hijo, o viceversa padre soltero e hijo, grupo familiar en el que el legislador catalán precisamente no está pensando.

La propia Ley menciona a los parientes, pero a los *parientes convivientes*. El supuesto es la convivencia pero también el vínculo de parentesco. Y además entiendo que el vínculo de parentesco de cualquiera de los miembros del grupo, así cabe, por ejemplo, que sean parientes de los hijos (aunque sea un

(13) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II/2. Derecho de familia, Tecnos, 2.^a ed., 1998, pág. 32.

supuesto muy excepcional, por ejemplo: puede ser un abuelo del hijo adoptado), como un pariente conviviente de la madre, del padre o de cualquier miembro. No se pone límite de grado alguno por el legislador pero en base a la definición doctrinal de pariente, está claro que no cabe que sean parientes de parientes, el límite se halla en la definición que hemos dado y en la razón.

En este punto podríamos pensar que generalmente, desde la perspectiva social actual se hará referencia a los ascendientes, esto es, a los abuelos, pero cabe también la existencia de algún tío soltero, o incluso de los descendientes que no sean los hijos, como los nietos o incluso a los bisnietos (aunque en el caso de los descendientes la obligación puede canalizarse a través del apartado 2 del precepto, por aplicación analógica de lo establecido para los hijos) (14).

Tal y como ha establecido el legislador, todos los parientes deben convivir con la familia, término que implica la comunión de vida, o dicho en términos actuales, la cohabitación o simplemente vivir en compañía de la familia. Esto aclara la cuestión de aquellos parientes (abuelos) que residen con la familia por temporadas (15) en cuyo caso su obligación existiría desde el momento de la convivencia y no donde tenga fijada la residencia habitual, en base al principio de contribuir en el lugar donde se generen los gastos. Sin olvidarnos de los descendientes como los nietos que pasan el verano con sus abuelos produciendo gastos que deberán ser abonados por sus padres.

Además, la obligación de contribuir subsiste independientemente de que se produzca la nulidad, anulación o disolución del matrimonio y cese de la convivencia matrimonial que no familiar, la cual puede continuar existiendo. (Piénsese en el hipotético supuesto de convivencia en la familia del suegro/a, cuando el propio matrimonio ha dejado de existir.)

En cuanto a los amigos convivientes de la familia no es posible su inclusión dentro del marco legal ya que la Ley catalana habla de parientes, así pues quedará exceptuado, aunque otra cosa son los acuerdos a los que se lleguen con ellos (16).

En segundo lugar cabe señalar que el legislador no hace referencia a la cohabitación sino que utiliza un término con un significado más preciso como

(14) Y ello a diferencia del derecho de alimentos donde la obligación legal existe entre los de la línea recta, y en la colateral sólo entre hermanos. Más allá, tíos, primos, sobrinos, yernos..., la prestación sólo podrá exigirse jurídicamente.

(15) Según las últimas informaciones aparecidas en los medios de comunicación, estos parientes son los llamados «*abuelos golondrina*» a efectos de la Seguridad Social, al establecerse por temporadas en casas de diferentes hijos.

(16) No se hace referencia alguna al término de «*allegados*» en el Código de Familia catalán. Término que sí aparece en el Código Civil, concretamente en la regulación del derecho de visita del artículo 160 del Código Civil, derecho que también aparece regulado en el Código de Familia catalán, en su artículo 135, y en donde no se incluye el concepto de allegados, sólo el de parientes.

es el de la *convivencia familiar*. Convivencia que puede entrañar una situación de codivisión de la vida familiar en todos los aspectos espirituales y materiales y en donde se encuentra, además la síntesis de la voluntad de constituir una comunidad familiar (17). No debemos olvidar que el legislador pone el énfasis en la convivencia porque en base a ella se produce una equiparación entre los sujetos productores de bienes y los consumidores de los mismos. Al haber mayor o menor número de convivientes, el núcleo de receptores se amplía o disminuye, en proporción con el aumento o disminución de necesidades que deben quedar cubiertas a cargo precisamente de los bienes de esa comunidad familiar, ampliándose o disminuyéndose el número de sujetos obligados. Es pues un deber típico de la relación familiar. Son convivientes pero siempre parientes no extraños.

Esto implica que además de ser una obligación que se contrae con el vínculo familiar, reside en el hecho de la convivencia familiar (18). Deber que no viene determinado forzosamente por la existencia de una necesidad, tal y como ocurre con los alimentos en general.

En relación con los parientes convivientes, no se hace referencia alguna a la *forma de contribuir*, ni siquiera al origen de los medios o fuente de ingresos con los que hacer frente a la obligación a diferencia de lo que ocurre con los cónyuges o con los hijos a quienes incluso se les dedica otro artículo en el Código de Familia, el 146. De esta manera, el legislador catalán ha intentado concretar el caudal o medios con los que cuenta el acreedor de la obligación de contribuir frente a lo dispuesto años antes por el legislador de 1981, quien reformó el artículo 155 del Código Civil.

En el párrafo primero, referido a los cónyuges, se dispone en primer término la aportación propia al trabajo doméstico, seguidamente hace referencia a la colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge. Posteriormente, se cuenta con los recursos procedentes de su actividad, también se hace referencia a los bienes, concretando además que tanto los recursos

(17) En este punto resulta interesante hacer constar la diferencia entre *contribución a los gastos y levantamiento de las cargas familiares*. Los gastos han de sufragarse por los convivientes al nacer precisamente del hecho mismo de la convivencia en la familia, mientras que en las cargas de la familia y su levantamiento por el hijo pueden presentarse en supuestos en los que no haya convivencia. Hipótesis del padre incapacitado judicialmente, excluido de ejercer la patria potestad, pero que para su restablecimiento o mejora necesita cuidados médicos que implican unos gastos que son sufragados por el hijo.

(18) La Proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil, pendiente de informe de la ponencia, tiene como fin regular la formalización de unión civil basado en la convivencia y ayuda mutua que aunque no se establece específicamente se inspirará también en la colaboración y contribución a los gastos que su propia convivencia genera, pues precisamente su finalidad es atribuir a la convivencia determinadas consecuencias jurídicas (texto que no verá la luz en la presente legislatura, y que se halla «aparcado»).

derivados de la actividad como los derivados de los bienes se ajustarán según sus ingresos y de no ser éstos suficientes en proporción a sus patrimonios.

El legislador ha concretado exhaustivamente todos los posibles medios con los que cuentan los cónyuges para hacer frente al mantenimiento de los gastos familiares. La exhaustividad se debe a que son los promotores de la familia y como tales deben hacer frente en principio a tales gastos.

En el párrafo segundo, al reenviar al artículo 146 la concreción de medios con que el hijo cuenta para hacer frente a la obligación que se le impone, varía el orden de los medios dispuestos por el artículo 5-1 del Código establecido para los cónyuges. Dicho artículo se refiere a los ingresos que obtengan con su actividad, en segundo lugar, con el rendimiento de sus bienes y derechos, y, por último, con su trabajo en interés de la familia.

Evidentemente aunque en relación con los parientes no se aborda la cuestión de la forma, está claro que ya se cuenta con una relación de medios dispuestos en los apartados anteriores. Pues no debemos olvidar que su contribución puede ser muy valiosa cuando hay escasez de medios económicos.

También resulta necesario señalar que en el precepto se alude siempre con carácter general a *la proporcionalidad de la aportación*. Así, en el primer apartado se establece la proporcionalidad de los cónyuges según sus ingresos, también la de los hijos convivientes en la forma prevista en el artículo 146, pero en último término, en el apartado tercero, la contribución de los parientes se realizará en la medida de sus posibilidades y de acuerdo con los gastos que generan (19).

El precepto no fija una jerarquía en el establecimiento de obligados, pero sí un orden que parece lógico anteponiendo en primer lugar a los cónyuges —párrafo 1—, después a los hijos, párrafo 2, y, en último término, si existen («en su caso») a los parientes —párrafo 3—. De ello se infiere que no hay solidaridad entre los obligados, sino que hay distintas obligaciones entre los diferentes convivientes obligados, atendiendo sus circunstancias personales, económicas e incluso su *status* familiar. De manera que la cantidad a pagar para la contribución a los gastos se hará en base al acuerdo de los interesados o en todo caso, fijada por la autoridad judicial (20).

(19) Al aludir el legislador al concepto de proporcionalidad entendemos que ha querido significar que la cuantía de la aportación, de carácter variable, se hará respecto de la cuantía de los gastos que se ocasionen, de carácter esencialmente variables. Pero al referirse a los parientes convivientes además de la proporcionalidad el legislador quiere precisar más y buscar la estabilidad entre los medios económicos, materiales o físicos con los que cuenta («sus posibilidades»), y además, concretarlos —utilizando una conjunción copulativa— equilibrando sus posibilidades («de acuerdo con los gastos generados») por ellos.

(20) Pues el artículo 7 del Código de Familia se refiere a la demora en los pagos y la posibilidad de acudir a la autoridad judicial para su cumplimiento, así como la adopción de garantías para el pago de futuras aportaciones.

D) LÍMITES DE LA OBLIGACIÓN

En relación con *los límites cuantitativos* cabe señalar que el propio párrafo 3 del artículo 5 del Código de Familia de Cataluña, indica con claridad la obligación de los parientes a contribuir «en la medida de sus posibilidades» y «de acuerdo con los gastos que generan». Debemos detenernos en estas dos expresiones, pues no cabe duda que la expresión ha sido bastante estudiada.

En una primera aproximación al ámbito objetivo de la obligación, nos encontramos con el criterio legal de flexibilización «en la medida de sus posibilidades», expresión que pudiera hacernos creer que es vaga o imprecisa, y que además nos recuerda la expresión referente a los hijos y su obligación de contribuir a las cargas familiares establecida por el propio artículo 155-2 del Código Civil. Como ya hemos indicado, las «posibilidades» de los parientes pueden referirse a los medios económicos, tales como bienes, frutos, rentas de trabajo; o también a los medios personales de trabajo tanto dentro del propio hogar como atendiendo el propio negocio familiar (21).

Evidentemente la propia familia es quien debe realizar la cuantificación o el grado de aportación de cada uno de sus miembros, en este caso de los parientes, siempre teniendo en cuenta los límites de la razón y la equidad teniendo en cuenta la edad, salud o características propias de los parientes (no es lo mismo un abuelo jubilado, que el tío soltero en paro). Aunque el tratamiento es el mismo, según el grado de los parientes, pues no se ha impuesto por el legislador una mayor contribución en base a la mayor proximidad de grado, por ejemplo.

En conexión con este tema se nos plantea la cuestión de si es posible que los parientes con posibilidad de realizar una actividad productiva pueden verse obligados por la familia a su desempeño con el fin de destinar su retribución (ya sea todo o en parte) al mantenimiento de los gastos familiares. Aunque el legislador no haya señalado nada al respecto, evidentemente la expresión contenida en el propio artículo 5-3.º del Código de Familia catalán, «según sus posibilidades» parece no excluir tal eventualidad. Pero, ¿se puede obligar a alguien a trabajar? La propia definición de posibilidad implica la aptitud potencial u ocasión para hacer o no hacer una cosa, además de hacer referencia también a los medios adecuados para la consecución de un fin, tales como

(21) En el primer párrafo del artículo objeto de comentario se detalla, como ya hemos expuesto, la distinción entre trabajo doméstico y trabajo profesional de los cónyuges para hacer frente al deber de contribuir. El trabajo profesional, de carácter esencialmente material, es un medio indirecto, en cuanto que la contribución se realiza para satisfacer las necesidades familiares con los réditos del trabajo. Mientras que el trabajo doméstico, de carácter material pero que presenta un componente intelectual, es directo, ya que satisface por vía mediata y sin necesidad de ulterior iniciativa las necesidades familiares.

bienes o caudal disponible. De manera que, por ejemplo, el pariente sólo debería trabajar si no cuenta con recursos económicos propios, no quiere aportar su trabajo personal en el hogar y tiene capacidad y posibilidad (física y mental) de hacerlo fuera. De lo que no hay duda es que la obligación de contribuir se propone como deber independiente de la capacidad laboral de la persona.

Sin embargo, el ámbito objetivo de la obligación cuyo primer criterio según expusimos era flexible —referida a según sus posibilidades— se encuentra limitado por un segundo criterio que indica no una proporcionalidad, contenido en la expresión legal «de acuerdo con los gastos que generan», sino que es una concreción directa. Indudablemente el legislador marca la pauta a seguir, estableciendo la proporcionalidad de la obligación a contribuir con los gastos que generan al igual que en el párrafo 2 del artículo 5, objeto de estudio, se exigía tal proporcionalidad en relación con los hijos («los hijos contribuyen proporcionalmente a estos gastos»). En principio parece claro que el deber de contribuir de los parientes se impone —como en el caso de los hijos— independientemente de su capacidad laboral (abuelos jubilados, parientes incapacitados o en paro...), al contrario precisamente de lo que ocurre con los deberes de los padres hacia el mantenimiento de la familia. Todo ello motivado por el distinto fundamento de la obligación de unos y otros.

Resulta interesante concretar si el establecimiento por el legislador de una graduación de sujetos activos titulares implica la existencia de una graduación también en la obligación de contribuir, concretamente en la distribución de cargas entre los distintos obligados, lo cual puede producir un aumento, reducción o cese de la obligación de unos miembros a favor de otros, y que se halla en conexión con las prestaciones no sólo patrimoniales sino también personales de los distintos componentes de la familia (abuela que se queda a cargo de los menores mientras los padres trabajan, o de la limpieza y el mantenimiento de la casa).

Estas dudas surgen por la ausencia de una norma específica donde se recoja la forma de contribuir o el origen de los medios materiales con los que deben hacer frente a la obligación los parientes, a diferencia de lo que ocurre con los hijos, donde se recoge exhaustivamente la fuente de ingresos, y la forma de contribuir en el artículo 146 del Código de Familia, como ya hemos indicado anteriormente.

No obstante, debemos tener en cuenta que estamos ante una cuestión regulada fundamentalmente por los usos sociales y las costumbres, al margen de toda regulación legal. Evidentemente las circunstancias socioeconómicas de la familia serán las que de hecho determinen el ámbito objetivo de la obligación por encima de toda consideración legal. De manera que en familias de alto poder adquisitivo y nivel de vida, en raras ocasiones se planteará esta obligación mientras que las dudas y los problemas surgirán en los supuestos más comunes de familias económicamente más débiles.

Ahora bien, una cosa es que en la práctica la obligación de contribuir a los gastos familiares, y concretamente la aportación de cada miembro se funde normalmente en acuerdos entre los propios parientes, y otra cosa es negar que la nueva regulación legal del deber de contribuir a los gastos familiares tenga virtualidad para obligar al pariente conviviente a hacer frente a la misma si se opone a ello.

En todo caso el requisito de «proporcionalidad de los medios» de los parientes en relación con los efectos de contribución a los gastos es bastante relativo puesto que dependerá de las circunstancias de hecho y quedará circunscrito a la valoración judicial en cada caso concreto, puesto que sólo desde el plano de necesidad familiar es posible determinarlo (22). El juez deberá valorar no sólo las circunstancias objetivas sino también las subjetivas: debe tenerse en cuenta la condición familiar, la cuantía de los gastos, la necesidad de que el pariente o hijo haga frente a los mismos. Cuestiones que también deberán apreciarse según el contexto social.

En resumen, lo que no debemos olvidar es que del análisis en conjunto del precepto parece desprenderse la obligación común de contribuir de todos los convivientes —matrimonio, hijos, parientes— a los gastos familiares en general, pero no según sus propios gastos personales, frente a lo señalado en el párrafo tercero donde se impone como límite la aportación por los parientes convivientes a la contribución de los gastos familiares, en base precisamente a los gastos generados por ellos mismos. El fundamento se encuentra en que el legislador no quiere imponer a estos parientes la pesada tarea de levantar las cargas familiares, sino que simplemente aporten lo que gastan. En todo caso, es obvio que en último extremo será siempre la autoridad judicial quien evaluará la necesidad y los límites de la contribución, sin olvidar que la equidad funcionará como criterio o pauta de aportación en relación con el tipo de gastos a los que contribuir y los límites a la misma. Pero además, debemos señalar que el deber de contribuir está al servicio del mantenimiento de la familia, deber que se configura como un instrumento jurídico subsidiario que surge cuando el instrumento primario de la contribución de los cónyuges no es operativo. No obstante será la propia familia la que establezca el límite de cuando la autosuficiencia no es posible.

Aunque anteriormente ya nos hemos referido a ello, debemos detenernos también en los *límites cualitativos*, esto es, en cuáles son los gastos que se deben atender. Es lógico entender que deben cubrirse tanto los básicos de manutención, ropa, educación, o médicos como los dedicados al ocio y tiem-

(22) Se puede entender que existe aquí cierta analogía con la proporcionalidad para el cumplimiento de la obligación alimenticia, donde se establece según jurisprudencia reiterada la proporcionalidad según fortuna del alimentante.

po libre (vacaciones, aficiones deportivas). Todo ello dentro de la posición social de la familia, el lugar y el tiempo, según «su tenor de vida». No obstante, el concepto de gastos familiares es más amplio que el de deuda doméstica, pues está abierto a mayores expectativas.

En relación con los *límites temporales*, la obligación se refiere al hecho mismo de la convivencia y a los gastos generados por la misma, lo que indica que nace desde el momento preciso de la cohabitación y cesa con ella. Así pues, la convivencia se debe analizar en una doble perspectiva, puesto que representa el presupuesto objetivo inicial y final de la obligación de contribuir. Inicial en cuanto a que su convivencia en un hogar genera unos gastos que origina la exigibilidad de su pago. Pero a su vez, es un presupuesto objetivo final, ya que el mero hecho de dejar de convivir supone la extinción de la obligación.

Desde el momento mismo de su permanencia en el grupo familiar el pariente se convierte en deudor si no dispone económicamente de medios suficientes, y los demás convivientes se convertirán en acreedores y soportadores de su gasto, mientras que si dispone económicamente de medios suficientes para sufragarlos se convertirá en aportador.

En base precisamente a la convivencia, se establece el carácter más o menos prolongado de la obligación de contribuir, por contraposición al carácter puntual del objeto de la prestación: la aportación económica o *in natura*.

III. NATURALEZA JURIDICA DE LA OBLIGACION

A) OBLIGACIÓN LEGAL

La cuestión clave del precepto, objeto de estudio, se centra en que el deber de contribuir, que encierra una auténtica *relación obligacional*, se diferencia de las relaciones personales de familia en que en éstas el cumplimiento de los deberes de los parientes no agota su contenido, constitutivo de un *status*. Además, los derechos inherentes a las relaciones personales, lejos de ser correlativos a los deberes, presentan aspectos de cargas (23).

Estamos ante una relación jurídica genuina e independiente. Deber jurídico de prestación que conlleva una situación de sujeción así establecida por el propio legislador catalán, que es esencialmente diferente del deber de los padres de mantener a la familia (promotores y continuadores de la familia) establecido en el párrafo 1.º, el cual queda incluido en la relación de patria potes-

(23) Vid. LACRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones*, Vol. Primero. Parte general. Teoría general del contrato. 3.ª ed., 1994, Bosch, Barcelona, pág. 11.

tad, o de levantamiento de las cargas del matrimonio (y que va más allá del deber de ayuda y socorro mutuo); o, del deber de los hijos hacia la familia establecido en el párrafo 2.º, el cual se encuentra integrado en otra relación: la paterno-filial.

El deber de contribuir tiene un carácter primario, pues en torno a él gira el aspecto económico del grupo familiar. La contribución es la prestación económica destinada a sufragar los gastos que la convivencia genera. Prestación económica en unos casos, y en otros, aportación laboral de contenido económico (abuela que mantiene la limpieza del hogar sin necesidad de contratar a alguna persona que se ocupe de ello). No obstante, al no ser el artículo 5 del Código de Familia un precepto imperativo, el modo de concretar el contenido de la prestación puede ser objeto de pacto entre los miembros del grupo familiar, y puede recaer tanto en el límite temporal de la contribución como en la graduación o el establecimiento de la misma.

La obligación de contribuir a los gastos del mantenimiento familiar constituye, ante todo, una obligación legal nacida del artículo 5 del Código de Familia (24). De manera que la contribución a los gastos es exigible en cuanto que así se dispone en dicho precepto rigiéndose por dicho Código.

Constituye, como señalaremos seguidamente, una obligación totalmente regulada y determinada legalmente, de modo que sólo la concurrencia del pariente —como presupuesto subjetivo—, y, la de los presupuestos objetivos —convivencia familiar—, determinan la exigibilidad y el nacimiento de la obligación que se impone, aunque no imperativamente, a los sujetos obligados. Igualmente se encuentran regulados por la Ley los distintos elementos de la obligación, como veremos más adelante (sujetos y contenido de la obligación).

Una cuestión importante a determinar se centra en si estamos ante una obligación de carácter patrimonial o no. Parece que su contenido último es económico: contribuir al sostenimiento de la familia sufragando concretamente los gastos de la misma, aunque también puede decirse que la finalidad a que se atiende tiene un carácter personal, pues el obligado está sujeto por su vinculación al núcleo familiar. El objeto de la prestación es patrimonial, pues claramente el precepto legal señala su contenido económico «contribución al mantenimiento de los gastos familiares». De esta forma puede deducirse que la obligación también se encuentra conectada con el desarrollo de la personalidad de los individuos que integran el grupo familiar en el que todos convi-

(24) Recordemos cómo el artículo 1.089 del Código Civil, enumerador de las fuentes de las obligaciones, menciona en primer lugar la ley, y, en concordancia con él, el artículo 1.090 del Código Civil establece que sólo son exigibles las determinadas por el Código Civil y por las leyes especiales (como es nuestro caso).

ven (es el supuesto de los abuelos que necesitan ser reconocidos por su función en el grupo familiar).

Se trata de una obligación personal que la distancia del resto de obligaciones jurídicas patrimoniales aunque precisamente su contenido es económico-patrimonial. La obligación no se puede desvincular jurídicamente del Libro I del Código de Familia, debido a su carácter personal o familiar, puesto que su finalidad es más trascendental que el interés puramente individual, ya que se protege como interés superior el de la familia.

El deber de contribuir además tiene un fin social: El de salvaguardar el mantenimiento y el desarrollo económico de la familia, y tal vez, incluir a los parientes próximos en el núcleo familiar. Labor que se atribuye a la familia en consideración al afecto existente entre sus miembros más próximos, y que el legislador está propiciando.

En ningún caso la finalidad ética y social de la obligación puede mermar su carácter legal. No hay que olvidar que es una obligación legal enmarcada en el ámbito del Derecho de familia, y como tal goza de un marcado carácter de interés público.

B) CARÁCTER GRATUITO DE LA OBLIGACIÓN

En nuestro sistema sólo son causados los negocios patrimoniales de carácter atributivo que implican un acto de disposición, la causa se excluye del amplio número de obligaciones *ex lege* (25).

La obligación de contribuir de los parientes no tiene causa, ya que no se trata de una obligación asumida voluntariamente, sino que estamos ante un acto jurídico debido, pues la Ley es quien impone al pariente cumplir con su obligación. En segundo lugar, carece de causa, porque a pesar de que la familia recibe una atribución patrimonial, no se produce enriquecimiento para la familia ya que la contribución tiende a la única finalidad de satisfacer sus necesidades y sostenerla económicamente. En tercer lugar, no hay causa porque no hay un acto de disposición, dado que la prestación de contribuir a los gastos no supone para el que los da un sacrificio asumido voluntariamente, sino un acto jurídico necesario que impide que exista ánimo de liberalidad del pariente (no hay *causa donandi*).

Cuestión distinta es que la prestación legal de contribuir constituya un acto jurídico gratuito, que se satisface desde el momento en que el pariente

(25) Nos encontramos que la Ley determina la obligación de contribuir como una deuda que no tiene causa típica, pues nace precisamente de la regulación de un instituto de Derecho de familia en el cual el deudor, en cierto modo, no ha pretendido llegar a serlo, pues en parte su obligación nace de una situación familiar.

comienza a convivir con la familia y, en atención a dicha situación no es posible la repetición de lo prestado en ese concepto. La gratuidad supone que el obligado en virtud de la Ley, no puede reclamar de la familia el equivalente de cuanto el pariente ha suministrado en concepto de contribución a los gastos. Aunque no se puede hablar de causa gratuita de la obligación.

C) RECIPROCIDAD

El carácter del vínculo subjetivo que media entre las partes, el parentesco, determina otro de los caracteres más particulares o peculiares que definen la naturaleza jurídica de la obligación legal de contribuir: la reciprocidad. Es, pues, la relación personal que une a las partes, la que imprime a la obligación uno de sus rasgos más característicos.

Hemos de poner de relieve que el régimen normal de esta obligación no concuerda con el resto de obligaciones estrictamente patrimoniales, ya que la posición jurídica deudor-acreedor, en este caso no responde a la concepción normal del Derecho patrimonial, dado que la relación entre las partes no representa una situación de intereses contrapuestos.

El vínculo familiar existente implica que la obligación, objeto de estudio, responda a un fin común a ambos: asegurar el bienestar familiar manteniéndolo económicamente y desarrollándolo.

Reciprocidad que se debe a la aportación en común de prestaciones en dinero o *in natura*, y que supone que los sujetos obligados —parientes— tienen vocación a exigir la contribución a los demás miembros del grupo familiar. (Como veremos más adelante al analizar el art. 7 del Código de Familia.)

D) RÉGIMEN MANCOMUNADO DE LA OBLIGACIÓN

Como en toda obligación se requieren dos posiciones subjetivas diferentes: la activa, integrada por la familia en su conjunto, y la pasiva, el pariente que convive con la misma que, como ya sabemos, no tiene porqué coincidir con el número de personas que componen ambas partes. De este modo puede y generalmente existirá una pluralidad de miembros que componen la familia, y puede darse el caso de que haya una pluralidad de parientes, o no.

De la graduación de sujetos que realiza el artículo 5 del Código de Familia catalán se deduce que todos y cada uno de los sujetos (padres, hijos y parientes convivientes) están obligados por el todo de la prestación: mantenimiento de los gastos familiares.

Existe una pluralidad de sujetos: hay varios acreedores (padres, hijos...) o deudores (abuelo y/o abuela y/o tío...) de modo que cada acreedor tiene de-

recho a una parte de la prestación (pensión mensual, por ejemplo) y cada deudor debe solamente su parte, su contribución a los gastos familiares. Por tanto, hay varias obligaciones y cada una recae sobre una prestación consistente en una fracción de la prestación total. A cada miembro de la familia se le puede separadamente exigir su parte con independencia de los demás. Por eso precisamente, y como veremos más adelante, cada obligación puede exigirse, modificarse o extinguirse por separado (por ejemplo, reclamación de la contribución atrasada a la tía, aumento de la pensión del abuelo, cese de la convivencia del tío...)

E) RELATIVIDAD Y VARIABILIDAD DE LA OBLIGACIÓN

De acuerdo con los presupuestos o requisitos objetivos marcados por el legislador, la obligación de contribuir constituye una obligación indeterminada en el tiempo, dada la imposibilidad de establecer *a priori* la duración de la misma (el inicio se establece por el hecho de la convivencia cuya duración no se conoce), y es además una prestación de cuantía relativa «será proporcional a los gastos que generen». Relatividad, por tanto, temporal y objetiva.

La relatividad objetiva implica que tanto la necesidad del abono de los gastos o la contribución al mantenimiento familiar, como la posibilidad del conviviente de hacer frente a los mismos, representan situaciones de hecho esencialmente relativas, y, por consiguiente, variables.

La proporcionalidad establecida legalmente es de doble alcance, ya que sirve para determinar la cuantía de gastos que deben abonarse y, además, implica que la proporcionalidad debe mantenerse a pesar de las futuras variaciones o circunstancias que pueden devenir en el periódico cumplimiento de la obligación (circunstancias de la familia y circunstancias del obligado). También la proporcionalidad juega un papel importante en la reducción o en el aumento de los gastos familiares, o de los ingresos o capacidad de trabajo del pariente, o incluso, de los gastos generados por el pariente.

La relatividad se deriva del propio contenido de la obligación al tener como finalidad la satisfacción de los gastos familiares, consistentes en distintas y variadas prestaciones tendentes a la consecución de dicho propósito. La Ley no establece criterios fijos ni inmutables al efecto de determinar los medios del obligado ni las necesidades o gastos familiares. De esta manera, el Juez tiene a su arbitrio la fijación de la contribución y, por consiguiente, el criterio de proporcionalidad se conjuga con el criterio de flexibilidad de que dispone el Juez.

F) CARÁCTER PERSONALÍSIMO E INDISPONIBLE DE LA OBLIGACIÓN

Profundizando en el estudio de esta cuestión cabe preguntarse si realmente es un derecho patrimonial puro o no. Evidentemente, además de su contenido económico, en relación con la trascendencia ética y social de su fin, se podría decir que conserva sus notas esenciales: su carácter personalísimo y su finalidad trascendente.

La deuda y el crédito de contribuir se presentan como personalísimos e indisponibles, puesto que esta obligación está marcada por el dato de la personalidad (parientes-solidaridad familiar...). Todo ello independientemente de que sea una obligación de contenido patrimonial (carácter patrimonial de su objeto) aunque una vez convertidos en pagos atrasados respondan al tratamiento normal de cualquier relación obligatoria.

El crédito y la deuda son personalísimos, ya que tanto el deudor como el acreedor vienen determinados *intuitu personae*, ya que devienen como consecuencia del vínculo subjetivo o de parentesco que media entre ellos. Además, dicha calificación se ostenta en virtud de las necesidades estrictamente personales del beneficiario —la familia—. Vínculo personal que condiciona la propia obligación en general (art. 5) no en función del contenido de la prestación —la cuantía— (parientes: en proporción a sus gastos) sino en relación con el parentesco, pues los padres o cónyuges deberán sostener a la familia (en base precisamente a otros deberes ya enumerados y como precursores de la misma) mientras que los parientes sólo contribuyen a los gastos creados o que creen.

No obstante, a diferencia de otras obligaciones personalísimas, debemos señalar que el pariente deja de contribuir al sostenimiento de los gastos familiares cuando deja de convivir en el domicilio familiar donde genera esos gastos, y no sólo cuando se muere.

El carácter personalísimo de la contribución a los gastos se debe a la indisponibilidad del objeto que consiste en asegurar a la familia su subsistencia y el desarrollo de la misma mediante la asunción de nuevos gastos.

Precisamente como consecuencia de ese carácter de indisponibilidad del objeto de la obligación podemos decir que la deuda es intransmisible. El vínculo personal es el que determina la indisponibilidad del crédito y de la deuda de contribución a los gastos del mantenimiento familiar. Aunque, evidentemente, no hay una mención expresa a la intransmisibilidad de la obligación de contribuir *ni inter vivos ni mortis causa* en el precepto objeto de estudio.

Otra cosa es la posibilidad de que se abonen los gastos debidos por un tercero, consecuencia de la patrimonialidad del objeto de la obligación. Esto implica que la persona obligada —conviviente— no puede desvincularse de la obligación legal, y, por consiguiente, no es admisible la novación por

cambio de deudor ni aún con el consentimiento de la familia o acreedores. También la deuda es intransmisible *mortis causa*, pues es evidente que la obligación legal cesa con la falta de convivencia, y por consiguiente, con la muerte.

En relación con este punto cabe preguntarse si es posible la compensación del derecho a contribuir. En principio debemos diferenciar entre compensación de la obligación legal de contribuir y la compensación de los gastos vencidos, o los que se vencerán en el futuro. Como consecuencia de su carácter personalísimo la obligación no puede compensarse, en base a los argumentos expuestos anteriormente, otra cosa es que los gastos vencidos sí puedan compensarse. Por lo que respecta a los futuros entendemos que no, y ello porque el derecho a la contribución no es una deuda vencida y exigible, ni tampoco una deuda líquida, ni sabemos si el pariente conviviente lo seguirá siendo en el futuro. (Aunque como el propio art. 7 dice es objeto de garantía.)

Por último, podemos señalar que el derecho a contribuir no tiene un carácter renunciable, puesto que no es un precepto de orden público o de carácter imperativo. La familia puede «desprenderse voluntariamente» de su derecho a que se abonen los gastos hechos por el pariente; o no se ayude o contribuya al mantenimiento familiar.

V. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR

A) EXIGIBILIDAD Y ABONO DE LA CONTRIBUCIÓN: CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO Y OBLIGATORIO

La obligación de contribuir surge y existe durante la normal convivencia de la familia. La Ley no distingue entre el nacimiento o el inicio de la exigibilidad del derecho a contribuir y su ejercicio.

La obligación de contribuir nace cuando deviene exigible, es decir, a partir del momento en que concurren todos los presupuestos legales explícitos (convivencia, pariente), implícitos (comunidad de vida). El nacimiento y la exigibilidad de contribuir son simultáneos en el tiempo, ya que la obligación deviene exigible y existe por razón del sujeto —pariente— de convivir y el surgimiento de los respectivos gastos (26).

(26) En situaciones de crisis matrimonial, esta obligación sólo se debe mientras subsista la convivencia independientemente de que subsista el vínculo conyugal. Aunque desde el punto de vista práctico las situaciones de crisis matrimonial suponen generalmente el cese de la convivencia del pariente. No olvidemos que la existencia de un grupo familiar (independiente de la línea de la que venga el parentesco) y la correspondiente

Por otro lado es necesario resaltar que se trata de un deber sin sanción jurídica, lo que no impide que el obligado, en nuestro caso los parientes, deben hacer frente al cumplimiento de su obligación por el simple hecho de estar encuadrada en una norma, lo cual pone de manifiesto su legitimidad jurídica.

Además, como obligación pecuniaria puede proceder judicialmente y además, solicitar la posible indemnización por daños y perjuicios causados a la familia, por cualquier miembro de la misma, contra el pariente conviviente. Y así lo pone de manifiesto el propio legislador, que en el artículo 7 del Código catalán, referido precisamente a la demora en los pagos señala que:

«En caso de incumplimiento por parte de una de las personas obligadas, cualquiera de las otras puede solicitar a la autoridad judicial, aparte de la efectividad de los pagos pendientes, que acuerde la prestación de las garantías o la adopción de las medidas convenientes para asegurar los futuros pagos. Estas medidas pueden ser modificadas o revocadas».

Cuestión distinta es la responsabilidad de los componentes de la familia-deudores en relación con terceros. En este supuesto el legislador sólo tiene en cuenta a los cónyuges por ser precisamente los promotores de la familia. Así, en el artículo 8 del Código se establece que

«Ante terceras personas, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gastos familiares a que se refiere el artículo 4, si se trata de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la familia; en otro caso responde el cónyuge que ha contraído la obligación».

Por último, una cuestión que resulta sorprendente, en relación con nuestro tema objeto de estudio, se contiene en el precepto 6 del Código de Familia catalán donde se alude al deber de información recíproca en relación con el deber de contribuir, pero referido sólo a los cónyuges. El señalado artículo dice que:

«Los cónyuges tienen la obligación recíproca de informarse adecuadamente de la gestión patrimonial que lleven a cabo en atención al mantenimiento de los gastos familiares».

Deber de información que debería haberse ampliado al conjunto de sujetos obligados a la contribución del mantenimiento de los mismos, precisa-

existencia de unas cargas presupone la existencia de un régimen de contribución y gasto conjunto. No se contempla en el artículo 5-3.º del Código de Familia ningún supuesto de excepcionalidad a la obligación de contribuir de los parientes (ni en cuanto a los sujetos ni en cuanto al objeto) puesto que se señala el término «en la medida de sus posibilidades».

mente por la idea subyacente de solidaridad y unidad familiar. Pues es lógico que además de contribuir a los gastos sea importante el conocimiento del destino de la contribución aportada por cada uno de los miembros, así como la marcha de la economía familiar.

B) DETERMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN: SU CARÁCTER ALTERNATIVO Y SU CUMPLIMIENTO PERIÓDICO

Estamos ante una *obligación alternativa* ya que es posible la realización de la prestación de dos maneras distintas —pagando la cuota fijada o a través de la aportación propia al trabajo doméstico—. El obligado puede, pues, elegir entre dos modalidades de prestar la obligación. Reconocimiento legal en régimen de igualdad de la doble modalidad de prestación (aunque sólo se disponga legalmente en el párrafo 1 del art. 5, objeto de estudio referido a los cónyuges). Hay que señalar que en la obligación de contribuir no se entiende la contribución *in natura* como un supuesto excepcional, sino que ante la escasez de recursos económicos, el pariente puede satisfacerlos de la forma menos gravosa.

La concentración de la prestación puede venir determinada por la ley o incluso producirse por decisión judicial. Así pues, como en toda obligación alternativa, la concentración no sólo se produce por medio de la elección, sino también cuando todas las conductas designadas, en este caso por la propia ley, menos una no puedan ser objeto de cumplimiento (art. 1.134 del Código Civil).

Una de las peculiaridades de esta obligación reside en la variación de las circunstancias de hecho. De esta manera si el obligado elige un modo de prestar la obligación, o bien desde que tiene lugar la concentración por imposibilidad de cumplir una de las dos modalidades previstas por la Ley, sólo una de ellas es la prestación debida, la concentración no es definitiva en ningún caso. Ello se debe al carácter periódico de la obligación de contribuir que implica que en cualquier momento puede surgir prestándose de modo distinto al que se venía haciendo.

En atención al cumplimiento, dado el objeto y la finalidad específica de la misma, la obligación de contribuir constituye una *obligación periódica*. No obstante, dada la independencia entre las diferentes contribuciones tal vez sea más correcto hablar de obligaciones periódicas en plural. Y ello porque hay una obligación inconcreta y abstracta de pagar gastos genéricos e individuales cuyo cumplimiento tendrá lugar a través de concretas y reales obligaciones periódicas de contribuir a los gastos.

Para entender el planteamiento que vamos a exponer debemos distinguir entre la *relación jurídica básica* que hay entre el pariente contribuyente y los

gastos generados para el mantenimiento familiar, de naturaleza estrictamente personal, obligación legal que se origina como consecuencia de la concurrencia de los presupuestos legales. Y, *las distintas obligaciones periódicas*, en los que aquélla se concreta, y que se materializa mediante el cumplimiento de la obligación en metálico o el cumplimiento *in natura*. Obligaciones que nacen en momentos sucesivos y repetidos mientras subsiste el supuesto de hecho que motivó el nacimiento de la obligación o el surgimiento de gastos a los que hacer frente para el mantenimiento familiar y del pariente conviviente en cuestión.

Cada una de las obligaciones periódicas consiste en una *obligación de dar* cosas fungibles, que se materializa normalmente en una pensión o en el pago de una cantidad de dinero, o en una *obligación de hacer*, cumplimiento *in natura* de las diferentes prestaciones indispensables para cubrir los gastos o hacer frente al mantenimiento familiar evitando el surgimiento de nuevos gastos.

Pago mensual anticipado de las diferentes pensiones, pues generalmente las partes acordarán el abono mensual de las distintas pensiones, no porque se establezca legalmente si no tal vez por costumbre o por ser el modo más conveniente al objeto de hacer frente a los gastos que inevitablemente surgen con tal carácter propio del mantenimiento familiar (luz, agua, gas, teléfono, cuotas colegios, cuotas médicas...). Aunque, evidentemente, si se opta por el cumplimiento *in natura* parece lógico que el cumplimiento de la obligación se preste día a día, de acuerdo con las necesidades que vayan surgiendo (la abuela que lleva a los niños al colegio y los recoge en la etapa escolar... o los lleva al médico especialista, o a clases extraescolares...). Plazo mensual que evidentemente puede ser alterado según acuerdo de las partes.

Entender la obligación de contribuir al mantenimiento familiar como una obligación periódica permite distinguir entre pensiones pendientes o pagos atrasados, y rentas producidas o que se va a producir en el futuro, lo cual es importante si consideramos que existe distinta naturaleza jurídica entre *pensiones presentes y futuras* cuya naturaleza es personal e indisponible que las hace intransmisibles y no susceptibles de compensación, de las *pensiones pasadas* que se convierten en un crédito estrictamente patrimonial.

Se trata de una obligación de tracto sucesivo. La cual deberá irse adecuando a las diferentes vicisitudes económicas de la situación familiar, o de la ampliación o disminución de sus miembros, lo cual implica que los gastos aumentarán o se reducirán, e igualmente ocurrirá con la contribución de los miembros a los gastos ocasionados.

C) CUESTIONES RELATIVAS A LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN: FIJACIÓN;
VARIACIÓN...

La contribución a los gastos es el resultado de tener en cuenta, y, además, cuantificar en términos económicos dos situaciones de hecho distintas en cada caso concreto: por un lado, los gastos originados por la persona (el pariente conviviente), y, por otro lado, la posibilidad económica del familiar conviviente que los debe satisfacer en tanto que el cumplimiento de esta obligación legal no puede perjudicarle, pues recordemos que el propio texto legal señala «en la medida de sus posibilidades».

Así pues la cuantía de la contribución se fija proporcionalmente de acuerdo a las necesidades o gastos familiares, y a los recursos económicos o capacidad de trabajo de que dispone el contribuyente como establece la Ley (27). Puede ser fijada de mutuo acuerdo y extrajudicialmente, siempre y cuando respeten la debida proporcionalidad que establece la Ley. La determinación de la cuantía en cada caso concreto corresponde en última instancia al Juez, aunque no haya hasta el momento presente ninguna jurisprudencia que lo avale (incluso los parientes pueden solicitar al Juez el aumento o la reducción de la cuantía de la contribución) pero así se hace con la obligación de alimentos (28).

La contribución a los gastos es esencialmente variable, no sólo en atención a los presupuestos subjetivos (más o menos parientes convivientes en diferentes períodos), sino también en atención a los presupuestos objetivos (más o menos gastos).

Una vez fijada la cuantía, también puede verse alterada como consecuencia del propio cumplimiento de los gastos, puesto que no se producen de manera instantánea, ni en un único momento, sino que se trata de una obligación de tracto sucesivo o de cumplimiento periódico que se prolonga mientras concurren los presupuestos legales.

De este modo podemos señalar que la cuantía de la contribución se reducirá o aumentará proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del propio pariente o de otro familiar y la fortuna del pariente que hubiere de satisfacerlos. No debemos olvidar que se trata de factores esencialmente relativos y mudables, de ahí que la contribución o pensión se deba ir adecuando a las nuevas circunstancias que puedan devenir, dado que de lo contrario perdería el carácter de proporcionalidad. Así, pues

(27) El grupo familiar, de común acuerdo, puede fijarse una cantidad mensual, por ejemplo, destinada a tales gastos según sus posibilidades económicas, las cuales pueden variar según las condiciones sociales o las circunstancias familiares.

(28) La más reciente jurisprudencia establece que la determinación de la concreta prestación se considera una facultad exclusiva de la Sala de Instancia.

la variabilidad de la contribución se encuentra relacionada con su finalidad pues ésta es en sí un requisito esencial que define la naturaleza jurídica de la obligación legal.

Con respecto al incremento o disminución de la cuantía, a pesar de la falta de referencia expresa legal, debemos aplicar el mismo criterio que origina la obligación: la variación de la cuantía se producirá cuando tenga lugar el aumento o disminución del gasto.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que al consistir el objeto de la obligación en una suma de dinero, constituye una deuda de valor, y, por consiguiente, se le deben dispensar las necesarias medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, a fin de mantener inalterable el valor que representa.

El hecho de que la pérdida de valor adquisitivo de la moneda repercuta inmediatamente sobre el objeto de la prestación, entraña la conveniencia de la aplicación de las reglas genéricas de actualización del valor dinerario a la contribución a los gastos cuando ésta deje de representar un valor suficiente para cubrir los gastos familiares.

En principio, la propia familia será quien determine el índice de variabilidad, aunque en todo caso, podrá el Juez, en el mismo momento de fijar la cuantía, someter su importe a algún índice corrector.

Variación que también debe llevarse a cabo de manera que no se vulnere el criterio de proporcionalidad que debe presidir siempre, por imperativo legal, recordemos el artículo 5-3 del Código de Familia. Por lo tanto, si la contribución se debe ir adecuando al índice oficial del valor de la moneda con el fin de evitar la pérdida del poder adquisitivo de la familia, esta variación de la cuantía no puede prescindir de la posibilidad económica del conviviente, pues está claro que aunque la inflación disminuye el poder de la familia, también incide en los ingresos del pariente. De manera que el índice corrector fijado nunca podrá exceder de la proporción en que se hayan incrementado los ingresos del pariente obligado.

V. EXTINCION DE LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS FAMILIARES

De acuerdo con la formulación legal de la obligación podemos concretar que es el propio Código, en principio, el encargado de matizar las causas del cese de la obligación legal de contribuir a los gastos cuando los sujetos obligados son los parientes:

- que dejen de ser parientes;
- que dejen de convivir en el domicilio familiar.

Hemos señalado a lo largo de nuestro examen del párrafo 3.º del artículo 5 del Código de Familia cómo la obligación de contribuir a los gastos del mantenimiento familiar se realiza *intuitu personae*, es decir, en atención a un determinado vínculo parental, presupuesto subjetivo necesario para realizar la prestación de la obligación. Obligación que cesará cuando desaparezca el vínculo parental. Esto ocurrirá cuando el pariente fallezca o lo haga la familia, o ambos. Pues en el caso de disolución o anulación del matrimonio, el pariente lo seguirá siendo de los hijos habidos en el matrimonio, por ejemplo.

En este sentido también hemos apuntado anteriormente el cese de la obligación de contribuir a los gastos como consecuencia de la personalidad de la obligación, pero también su intransmisibilidad *mortis causa*. Pues no olvidemos que se trata de una obligación actual cuyo sentido es la aportación por el propio pariente de los gastos generados en su convivencia diaria.

En segundo lugar también se extingue la obligación cuando cesa el presupuesto objetivo que conlleva su nacimiento: La convivencia en el domicilio familiar.

En relación con la convivencia no tenemos nada que añadir a lo ya apuntado, pero sí hacer hincapié en que esta convivencia debe tener lugar en el domicilio familiar, pues aunque el legislador no lo ha apuntado, pese a la enmienda presentada por un grupo parlamentario, entendemos que tal circunstancia es obvia ya que la convivencia sólo puede tener lugar allí donde todos los componentes del grupo familiar residan y cohabiten (29).

Considero necesario señalar que también se extingue la obligación cuando el pariente conviviente, es decir, el sujeto obligado cuando se produzca la imposibilidad de cumplimiento de la prestación no sólo por la imposibilidad económica del obligado, sino también por su imposibilidad física de llevar a cabo su ejecución *in natura*. Recordemos cómo el propio precepto señala la obligación de la contribución del pariente de acuerdo con los gastos que genere. De modo que éstos pueden ser inferiores a su posibilidad de contribución, en cuyo caso no hay problema alguno, pero es que también pueden ser superiores a su posibilidad de contribución (piénsese en el abuelo que necesita cuidados médicos asistenciales superiores a su pensión) en cuyo caso la familia deberá hacer frente a los mismos aportando una mayor contribución el resto de los componentes. Pues eso es precisamente lo que pretende el legislador al incluir este precepto en el Código como se desprende de las

(29) Con el número 47 el Grupo Popular propone incluir: Todos los parientes «de los cónyuges que convivan en el *domicilio familiar*» deben contribuir. Incluso gráficamente la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley matiza que «podemos remarcar que se ha aclarado la obligación de contribuir a las cargas de la familia de todos aquéllos que *viven en un mismo techo...*»

palabras de la Consejera de Justicia al presentar el Proyecto de Ley del Código de Familia catalán el día 30 de junio de 1998, para debate y votación del dictamen ante la Comisión de Justicia del Parlamento Catalán (30).

Así nos encontramos con que se protege implícitamente no sólo el derecho a la protección de la vida del pariente conviviente, sino que incluso se amplía el contenido de los gastos familiares del grupo.

Aunque también puede «venir a mejor fortuna el pariente», en cuyo caso deberá hacer frente a los gastos anteriores por él originados.

VI. CONCLUSION

De acuerdo con el fundamento legal de la obligación podemos afirmar que la inclusión del artículo 5 párrafo 3.º en el Código de Familia catalán, elimina la duda que pudiera surgir sobre la exclusiva bilateralidad de la obligación de los padres hacia los hijos y viceversa, en relación con el levantamiento de las cargas familiares, establecido en el Código Civil.

Desde luego este precepto configura la importancia de la nueva posición, o por lo menos su transformación, de los hijos y demás parientes convivientes en el ámbito de la relación familiar. Para lo cual el propio legislador regula los intereses familiares, pues el término contribución a los gastos familiares se utiliza para indicar los medios económicos que deben utilizarse a fin de satisfacer sus necesidades.

La misión del precepto es dar soluciones comunes a los problemas comunes de vida. La base de toda vida en común es un interés común: cuanto mayor es el número de intereses comunes más extensa o profunda es la base de la vida en común. De manera que al surgir en la familia un entramado largo y complejo de intereses, y, a su vez, un sistema de exigencias reales

(30) Palabras de la Consejera de Justicia de la Generalitat de Catalunya (doña Nuria de Gispert i Català) al presentar el Proyecto de Ley del Código de Familia el día 30 de junio de 1998: «El Derecho de familia regula el conjunto de situaciones que afectan a las personas en su intimidad familiar. El Código de Familia pretende ser una legislación autónoma moderna, unitaria, sistemática y completa en derecho de familia que regula toda su universalidad como institución no sólo las crisis matrimoniales sino también las situaciones de normalidad en el matrimonio tanto en las relaciones horizontales como en las verticales, y regula todas las instituciones que inciden o preparan un modelo determinado de familia como un elemento o labor esencial del desarrollo social. La nueva regulación considera la familia como la primera célula social y una institución básica y central en nuestra sociedad. Es el primer lugar de la socialización, un ámbito de solidaridad y de influencia vital que es imprescindible para favorecer la estabilidad de toda la sociedad. Regulación de instituciones familiares que respecto a los principios tradicionales encarna en la personalidad colectiva del pueblo catalán (Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, de 30 de junio de 1998, serie P, núm. 85, pág. 5887).

cuantificables económicamente, es evidente que nace la necesidad de hacerlos frente mediante la aportación (pecuniaria o *in natura*) de todos los componentes de la familia. De ahí que asuma importancia primaria la obligación de colaboración en los intereses familiares adquiriendo rango incluso de obligación legal (importante en las relaciones internas de familia como de las mantenidas con terceras personas).

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho Civil
de la Universidad Complutense de Madrid

Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas

I. LA CONTRATACION EN MASA

El capitalismo y el desarrollo económico y social que trajo consigo dieron lugar a la formación de la gran empresa y con ella al surgimiento de modalidades de contratación acordes con el gran movimiento comercial de nuestros días y con el poder económico de los empresarios.

Aparece así, para facilitar el comercio de bienes y servicios a gran escala, la denominada contratación en masa, traducida en la existencia de figuras como los contratos de hecho, los celebrados por adhesión, las cláusulas generales de contratación, los contratos-tipo, los contratos normativos, etc.

En estas circunstancias, como expresan STIGLITZ y STIGLITZ, el principio de la libertad contractual, fundado en la igualdad formal de los individuos, «...si bien reconocía a todos idéntico poder jurídico, consentía a la empresa, económicamente más potente, determinar unilateralmente, en su propio beneficio, el contenido y las circunstancias del negocio. Con ello, perseguir en modo «legítimo» sus intereses y desviar hacia el público el mayor número posible de riesgos, pero siempre dentro de límites compatibles con aquellas leyes del mercado» (1).

II. LAS CLAUSULAS GENERALES DE CONTRATACION Y SU REGULACION EN EL PERU

No obstante que para designar a la figura es correcto referirse indistintamente a «cláusulas», «condiciones» o «estipulaciones generales de contrata-

(1) STIGLITZ, RUBÉN S., y STIGLITZ, GABRIEL A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 2.

ción», encontrándose más difundido el uso del vocablo «condiciones», resulta preferible utilizar la expresión «cláusulas», a fin de evitar los inconvenientes de la polisemia, esto es, la pluralidad de significados que se atribuye a la palabra «condiciones».

Las cláusulas generales de contratación son disposiciones predisuestas, generales y abstractas que integrarán la oferta de una serie indefinida de contratos individuales y que adquirirán fuerza vinculante sólo una vez celebrados los correspondientes contratos.

El Código Civil del Perú de 1984 se ocupa específicamente de la materia en sus artículos 1.392 a 1.401. Dichas normas se encuentran incluidas en el Título II —El consentimiento— de la Sección Primera —Contratos en general— del Libro VII —Fuentes de las obligaciones— del Código. Sus fuentes legislativas inmediatas de inspiración fueron, fundamentalmente, el Proyecto de Código Civil holandés y el Código Civil italiano.

Dos de los artículos citados, el 1.398 y el 1.399, han sido objeto de modificación, como resultado de lo establecido por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil que entró en vigencia el 28 de julio de 1993.

i) DEFINICIÓN DE LAS CGC

El Código Civil define las cláusulas generales de contratación (en adelante CGC), como «aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos» (art. 1.392).

La definición comprende los rasgos fundamentales que caracterizan a las CGC. Así, la predisposición o preformulación que supone su redacción previa y unilateral por una persona o entidad, no necesariamente por el estipulante mismo, si bien éste asume la responsabilidad de la preformulación. La generalidad, en cuanto las CGC se formulan sin tener relación con un contratante específico. La abstracción, pues las CGC son diseñadas de forma independiente, sin tener en cuenta una relación jurídica específica. Y la uniformidad, en tanto las CGC serán comunes a una serie indefinida de contratos particulares.

El Código ha omitido considerar la inmutabilidad como característica inherente a las CGC y, como se verá más adelante, ello sucede porque admite la posibilidad de que determinadas cláusulas no se aplicarán a un contrato particular (arts. 1.395 y 1.400).

Dado que las CGC se incorporan a la oferta, de modo que la aceptación de ésta comprende la de las CGC, su naturaleza es puramente contractual, por lo que cabe afirmar que el Código Civil peruano ha seguido ese planteamiento y no el que estima que tienen naturaleza normativa.

ii) CGC APROBADAS O NO APROBADAS ADMINISTRATIVAMENTE

El Código Civil distingue dos tipos de CGC, sobre la base de haber sido o no objeto de aprobación administrativa, lo que importa la existencia, en aquellos casos, de un control de naturaleza preventiva, el que sin embargo no es obligatorio, salvo en el caso previsto por el artículo 1.394. Se trata, naturalmente, de cláusulas privadas en ambos supuestos.

a) Las CGC aprobadas administrativamente:

— Estas se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas (art. 1.393).

Como señala DE LA PUENTE Y LAVALLE (2), «este artículo descansa en dos consideraciones. La primera es que el predisponente que somete las cláusulas generales que ha redactado a la aprobación administrativa está dispuesto a que éstas sean revisadas a fin de comprobar su idoneidad para regular todos los contratos que celebre a base de ellas. Esta idoneidad se manifiesta, a su vez, en dos aspectos; su aptitud para regular un tráfico de masas, con clientes anónimos cuyas necesidades, consideradas como las necesidades de una generalidad de terceros, deben ser satisfechas adecuadamente; y su equidad, en el sentido que se encuentran debidamente protegidos los derechos de ambas partes, especialmente los de los consumidores.

Se supone que las autoridades administrativas, conocedoras de las actividades que van a ser reguladas por las CGC, están en aptitud de velar por estos dos aspectos. Se alcanza así paralelamente la rapidez del tráfico y la eliminación del abuso.

La segunda consideración consiste en que las CG, después de haber sido depuradas para merecer la aprobación administrativa, son convenientes para regular los contratos particulares que desea celebrarse a base de ellas, por lo cual se incorporan a las ofertas que se formulen para celebrar tales contratos».

Corresponde mencionar que la Comisión creada por la Ley número 26394 de 18 de noviembre de 1994, a la que se ha encargado la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil de 1984, ha aprobado agregar al artículo 1.393 el siguiente párrafo:

«El órgano administrativo competente para otorgar esta aprobación es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) o la entidad que lo sustituya».

(2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XI. Primera parte. Tomo III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima, 1991, págs. 148 y 149.

De este modo, se busca cubrir un vacío del Código Civil que no prevé la autoridad administrativa a la que concretamente corresponde la aprobación de las CGC.

- El Poder Ejecutivo debe señalar la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a CGC aprobadas por la autoridad administrativa (art. 1.394).

Hasta la fecha no se ha dictado norma alguna indicando cuáles son esos bienes y servicios.

Sí lo contemplaba, en cambio, el Proyecto de Ley de Protección al Consumidor elaborado en 1989 por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia. En efecto, su artículo 31 establecía la obligatoriedad de la contratación sobre la base de CGC aprobadas administrativamente, para el suministro o prestación de los siguientes servicios:

- a) Productos que se expenden en supermercados y grandes almacenes de venta de mercaderías al por menor.
- b) Agua.
- c) Teléfono, télex y facsímil.
- d) Energía eléctrica.
- e) Combustibles.
- f) Operaciones bancarias.
- g) Transporte público de pasajeros, carga y correspondencia.

En el mismo artículo se señalaba que por Decreto Supremo podían modificarse los bienes y servicios que figuraban en la lista precedente.

El Decreto Legislativo número 716 sobre protección al consumidor, de 7 de noviembre de 1991, no se pronuncia sobre el asunto.

En el proyecto de reforma del Código Civil se plantea la modificación del artículo 1.394 en los siguientes términos:

«INDECOPI señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente por él».

- No obstante lo establecido en el artículo 1.393, las partes pueden convenir en que determinadas cláusulas no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebran (art. 1.395).

Se sostiene que esta regla está inspirada en el principio de la autonomía privada y en el hecho de que no siendo las CGC de orden público es factible el pacto en contrario respecto de ellas.

Empero, si se afirma la inmutabilidad como un rasgo característico de las CGC, lo establecido en el artículo 1.395 aparece como manifiestamente dis-

cordante. De acuerdo con la inmutabilidad, las CGC constituyen un todo único e irrevisible, por lo que su modificación está totalmente descartada.

En este orden de ideas, resulta correcto afirmar que «permitir a las partes convenir la no incorporación de determinadas CG en la oferta de un contrato celebrado con arreglo a ellas, como lo hace el artículo 1.395 del Código Civil, es precisamente negar la inmutabilidad de dichas cláusulas y destruir la eficacia de este tipo de contratación. En efecto, si se admite la posibilidad de suprimir la inclusión de algunas cláusulas, por común acuerdo entre las partes, se está abriendo la puerta para negociar cualesquiera de las cláusulas, con lo cual la agilidad de la contratación masiva, que descansa precisamente en la aceptación o rechazo íntegro de las CGC, sin admitir la discusión de las mismas, se vería destruida por completo» (3).

Adicionalmente, no parece tener sentido la aprobación administrativa, con los propósitos señalados al comentar el artículo 1.393, que permite la incorporación automática de las CGC a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, si resulta factible dejar de lado algunas por acuerdo de las partes, aun en el caso del artículo 1.394.

Todo ello conduce a reconocer que tiene razón el autor citado (4), cuando agrega que «la recta comprensión del artículo 1.395 lleva a considerar que su aplicación determina que un contrato que debía celebrarse con arreglo a CGC, aprobadas administrativamente, se convierta en un contrato paritario, desde que si las partes pueden convenir que determinadas cláusulas (teóricamente pueden ser todas) no se incorporen a la oferta, es que están admitiendo que las cláusulas que sí se incorporan lo hacen por voluntad de ellas (las partes) al no excluirlas».

En concordancia con lo expresado en el proyecto de reforma del Código Civil se considera la modificación del artículo 1.395 con el siguiente texto:

«Si las partes convinieran que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas concierten, tal contrato será considerado paritario y no estará sujeto al régimen de las cláusulas generales de contratación».

- En este tipo de CGC, la obligación de pago a cargo del cliente se genera de pleno derecho con el consumo del bien o la utilización del servicio, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz (art. 1.396).

Se expresa en la exposición de motivos de este artículo que «ocurre con frecuencia que el usuario de un servicio público lo emplea sin conocer la

(3) DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *op. cit.*, pág. 163.

(4) DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *op. cit.*, pág. 164.

tarifa existente y puede también suceder que el usuario sea un incapaz absoluto. Como no se puede desconocer que en los servicios masivos la voluntad juega un rol peculiar y que los usuarios adquieren la obligación como consecuencia de su conducta, y como tampoco la situación de los incapaces puede ser ignorada, el artículo 1.396 se ha puesto en lo que doctrinariamente se conoce como "contrato de hecho o conducta social típica", partiendo siempre de la premisa que se trata de contratos ofrecidos con arreglo a CGC aprobadas por la autoridad administrativa».

b) Las CGC no aprobadas administrativamente:

- Se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la otra parte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria (art. 1.397, primer párrafo).

Si las CGC han sido puestas en conocimiento del público mediante su adecuada publicidad, se presume que la contraparte las ha conocido (art. 1.397, segundo párrafo).

El conocimiento por la contraparte de las CGC, en el caso previsto por el primer párrafo del artículo 1.397 puede producirse de alguna de las maneras siguientes (5):

- Cuando figuran en el mismo texto de la oferta o en un documento adjunto a ella.
- Cuando se indica al cliente dónde están redactadas las CG con arreglo a las cuales se va a celebrar el contrato y el cliente tiene efectivo acceso a ellas.
- Cuando el predisponente y la contraparte han celebrado anteriormente contratos con arreglo a las mismas CG y conste inequívocamente del nuevo contrato que se quiere someterlo a estas cláusulas.
- Cuando las CG que rijan determinadas operaciones mercantiles han llegado a ser usos del comercio, es decir, derecho consuetudinario con valor de fuente del Derecho.

Respecto de este tema, la vigente Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, tomando como antecedente la ley alemana de 9 de diciembre de 1976, contempla en su artículo 11 la creación de un Registro con carácter facultativo en el que podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales con arreglo a lo dispuesto en la indicada ley. No obstante, se prevé que el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Depar-

(5) SANTOS BRIZ, JAIME, cit. por DE LA PUENTE Y LAVALLE, *op. cit.*, págs. 183 y 184.

tamento Ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el registro de las CG en determinados sectores específicos de la contratación.

Se expresa en la exposición de motivos de la referida ley que «la inscripción en este Registro, para buscar un equilibrio entre seguridad jurídica y agilidad en la contratación, se configura como voluntaria, si bien legitimando ampliamente para solicitar su inscripción a cualquier persona o entidad interesada, como fórmula para permitir la posibilidad efectiva de un conocimiento de las condiciones generales».

La parte final del primer párrafo del artículo 1.397 que se refiere a la factibilidad de conocimiento de las CGC por la contraparte usando de una diligencia ordinaria, impone a dicha contraparte una carga de diligencia que es correlativa a la carga de conocibilidad del predisponente.

Al predisponente le corresponde difundir adecuadamente sus CGC, de modo que se tenga noticia de su existencia, y hacerlas conocer específicamente a la contraparte, permitiéndole su acceso a ellas.

No debe perderse de vista que constituye derecho de los consumidores recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos o servicios. Así lo establece el Decreto Legislativo número 716 sobre protección al consumidor en su artículo 5, inciso b).

A la contraparte, en cambio, le corresponde conocer las CGC usando de una diligencia ordinaria. Esto significa, por ejemplo, que si las CGC se encuentran a su disposición porque el predisponente le ha brindado acceso a ellas, debe realizar todos los actos que estén a su alcance para concretar ese conocimiento. La violación de esa carga de diligencia, por no haber obrado con la diligencia ordinaria requerida, determinará que opere la consecuencia prevista en el primer párrafo del artículo 1.397.

En cuando al segundo párrafo del artículo en cuestión, la presunción que recoge, de acuerdo con la exposición de motivos del Código Civil, es una *iuris et de iure*, «pues el hecho de la divulgación así lo sugiere».

DE LA PUENTE Y LAVALLE, por fundadas consideraciones, es de opinión contraria (6). Así, señala en primer lugar que las presunciones absolutas o *iuris et de iure* no son admitidas en el Derecho moderno, por considerarse que antes que auténticas normas jurídicas, son ficciones legales.

Agrega que, aun admitiendo la distinción entre las presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, las primeras constituyen la regla y corresponde a la ley establecer que la prueba en contrario está prohibida u otra fórmula similar para que la presunción *iuris et de iure*, que es la excepción, opere.

(6) DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *op. cit.*, págs. 191 y 192.

Indica a continuación que el artículo 1.397 no señala nada al respecto, por lo que puede entenderse que se trata de una presunción *iuris tantum*.

Finalmente, explica que «responde al sentido del artículo que si, pese a la adecuada publicidad dada por el predisponente a sus CGC, el cliente acredita que no pudo conocerlas (estadía en el extranjero, enfermedad, etc.), dichas cláusulas no se incorporan a la oferta de su contrato particular. No debe olvidarse que nos encontramos frente a CG no aprobadas administrativamente, para las cuales rige la regla de que el conocimiento determina la incorporación».

iii) INVALIDEZ DE ESTIPULACIONES

El artículo 1.398 sanciona con invalidez determinadas estipulaciones contenidas en los contratos celebrados por adhesión y en las CGC no aprobadas administrativamente, que se estiman vejatorias.

El artículo señala que no son válidas las estipulaciones que establecen en favor de quien las ha redactado:

- exoneraciones o limitaciones de responsabilidad;
- facultades de suspender la ejecución del contrato, rescindirlo o resolverlo;
- facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones;
- facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Como puede apreciarse, la enumeración es notoriamente incompleta y por la redacción del artículo debe ser considerada taxativa, si bien, por supuesto, no está excluida la interpretación extensiva. Si lo está, en cambio, la aplicación analógica, en concordancia con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, según el cual, «la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

Según advierte acertadamente DE LA PUENTE Y LAVALLE (7), «no cabe duda de que la declaración de invalidez de estas estipulaciones obedece a un propósito de evitar abusos por parte de los prerredactantes, protegiéndose así a la parte débil en la negociación contractual. Pero esta norma, inspirada en el artículo 1.341 del Código Civil italiano, resulta algo postiza en la regulación de las CGC ya que, en realidad debió ser comprensiva de todos aquellos contratos en que existe un marcado desequilibrio entre las posiciones de las

(7) DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, «Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor», *Thémis - Revista de Derecho*, Segunda Epoca, 1995, núm. 31, págs. 19 y 20.

partes durante la negociación contractual. De igual manera que el desequilibrio contractual en la etapa de la celebración del contrato y en la de su ejecución dan lugar, respectivamente, a la rescisión por lesión y a la resolución por excesiva onerosidad de la prestación, asimismo el desequilibrio en la etapa de la negociación, cualquiera que sea la modalidad del contrato, debe traer como consecuencia la ineficacia de las estipulaciones impuestas por la parte fuerte en esta negociación».

Y concluye sosteniendo que «en realidad, los artículos 1.398, 1.399 y 1.401 del Código Civil deberían regir para todos aquellos casos en que existe un desequilibrio evidente entre las partes durante la negociación contractual».

Debe llamarse la atención acerca del hecho de que el artículo circunscribe impropriamente su aplicación a los contratos celebrados por adhesión y a las CGC **no aprobadas administrativamente**, no encontrándose justificada la exclusión de las CGC aprobadas administrativamente, en la medida en que tal aprobación no puede concebirse como equivalente a una convalidación de una estipulación vejatoria.

Precisa mencionarse que el texto original del artículo 1.398 también consideraba vejatoria la estipulación que fijaba cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje. Esta indicación ha sido suprimida con la modificación introducida por la Primera Disposición modificatoria del Código Procesal Civil.

La supresión es inconveniente si se considera que constituye un derecho fundamental de la persona el acceso al juez natural, lo que significa que, en principio, la solución de las controversias corresponde a los jueces y tribunales comunes. El arbitraje tiene como efecto sustraer el asunto controvertido del conocimiento del órgano jurisdiccional del Estado.

El propósito de la modificación posiblemente ha sido el de alentar los arbitrajes, pero ello no debe procurarse a cualquier costo.

Si el sometimiento al arbitraje resulta de una manifestación libre, reflexiva y consciente, en el marco de un equilibrio negocial de las partes, no hay ningún inconveniente. Empero, no puede descartarse la imposición de esa vía, en el caso de las CGC, para beneficio del predisponente, quien estará en aptitud de definir el tipo de arbitraje, el lugar en que se desarrollará y aun el procedimiento al que estará sometido.

En el proyecto de reforma del Código Civil se contempla la modificación del artículo 1.398 en los siguientes términos:

«En los contratos concertados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, de resolver injustificadamente los efectos del contrato; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer

medios de defensa o prorrogar o renovar tácitamente el contrato y, en general, todas aquellas estipulaciones que a juicio del juez sean vejatorias».

La propuesta extiende la aplicación del artículo a todo tipo de CGC, lo que resulta correcto. Adicionalmente, la frase final que incorpora el proyecto, que habilita al juez para declarar la invalidez de otras cláusulas no enumeradas específicamente en el artículo 1.398 que a su entender resulten vejatorias, flexibiliza el sistema de control del Código dinamizando así su propósito de protección de la parte no predisponente.

iv) INEFICACIA DE ESTIPULACIONES

El artículo 1.399 precisa que en los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a CGC no aprobadas administrativamente, no tienen eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, salvo que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

De acuerdo con este texto, resulta que las CGC, no aprobadas administrativamente, no prevalecen sobre las normas imperativas y supletorias previstas para los contratos típicos. Como se señala en la exposición de motivos, «se da en este numeral el caso singular de que dispositivos que tienen un valor puramente supletorio se apliquen como si fuesen de orden imperativo».

En otras palabras, la ausencia de aprobación administrativa elimina la posibilidad de pactar en contrario de las normas supletorias de los contratos típicos.

Esto se explica en razón de que «el legislador, al dictar una por una y todas en conjunto, las normas dispositivas de un contrato típico, busca diseñar el contrato ideal que, en su concepto, proteja armoniosamente los intereses de las partes tomando en consideración la finalidad del contrato, de tal manera que las partes puedan confiar en que existe una regulación supletoria de su voluntad común que ha sido elaborada precisamente para velar por la justicia contractual» (8).

Al no mediar la aprobación administrativa con los alcances propuestos oportunamente, conviene conservar, en principio, ese conjunto de normas supletorias que suponen el diseño del contrato ideal al que se ha hecho referencia.

En todo caso, como en determinadas circunstancias puede justificarse la prevalencia de las CGC sobre las normas establecidas para el correspondiente contrato, debe admitirse por excepción que el predisponente establezca cláu-

(8) DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *op. cit.*, pág. 224.

sulas diferentes de las normas supletorias, siempre que medie causa justificada. Así, por ejemplo, si la cláusula es más conveniente para la contraparte que la norma supletoria. En este sentido, el artículo 6.º, apartado 1, de la Ley española de 1998, establece que «cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares».

La primera disposición modificatoria del Código Procesal Civil ha agregado un párrafo a este artículo, en el que se señala que lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral.

No se perciben las razones que han podido justificar esta inclusión ni resulta posible esclarecer sus alcances.

El proyecto de reforma del Código Civil plantea la supresión de ese segundo párrafo y la modificación del primero en los siguientes términos:

«En los contratos típicos concertados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de validez las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato justifiquen su eficacia».

V) CLÁUSULAS AGREGADAS AL FORMULARIO

El artículo 1.400 señala que en los casos del artículo 1.397 (concerniente a las CGC no aprobadas administrativamente que se incorporan a la oferta cuando son conocidas o pudieron ser conocidas empleando una diligencia ordinaria), las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.

El supuesto al que se refiere este artículo no es propiamente el de las CGC, sino el de los contratos por adhesión cuyas ofertas se redactan en formularios impresos, bastando que las partes firmen el documento para que el contrato quede celebrado (contratos-tipo). En este sentido, la referencia al artículo 1.397 es errónea (9).

No obstante, la fórmula es inconveniente pues desvirtúa el carácter inmutable de los contratos por adhesión.

En atención a lo indicado, el proyecto de reforma del Código Civil plantea la modificación del artículo 1.400 con el siguiente texto:

(9) Cf. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *op. cit.*, pág. 235.

«Las estipulaciones agregadas al formulario del contrato concertado por adhesión prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto, teniendo el contrato el carácter de paritario».

vi) INTERPRETATIO CONTRA STIPULATOREM

Finalmente, el artículo 1.401 recoge el principio según el cual las estipulaciones insertas en las CGC o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

El antecedente inmediato de este artículo es el artículo 1.370 del Código Civil italiano que lleva por epígrafe, «Interpretación contra el autor de la cláusula». Su texto dice: «Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en módulos o formularios predispuestos por uno de los contratantes se interpretan, en la duda, a favor del otro».

El artículo 1.401, al igual que su antecedente, se refiere a dos supuestos: el de las estipulaciones insertas en las CGC y el de las estipulaciones insertas en formularios redactados por una de las partes. Este último caso alude a las ofertas de los contratos-tipo por adhesión.

La regla hace responsable al predisponente en caso de que las estipulaciones redactadas por él sean oscuras o ambiguas, es decir, cuando la estipulación se presta a duda.

Surge sin embargo el interrogante de qué ocurre en el caso de que esa oscuridad o ambigüedad no sea imputable al predisponente. Parece justificado pensar que en tal hipótesis no debiera responsabilizársele por la duda existente aplicándose la estipulación en favor de la contraparte. El artículo, empero, no plantea distinción alguna.

En el proyecto de reforma del Código Civil se considera la modificación del artículo 1.401 de la siguiente manera:

«En caso que las cláusulas generales de contratación y las estipulaciones de las ofertas de los contratos concertados por adhesión fueran oscuras o ambiguas, se entenderán en el sentido del artículo 170, pero si, no obstante, continuaran oscuras o ambiguas, se considerará que favorecen a la contraparte del predisponente».

En la justificación de la propuesta (10) se indica que «interpretación, en general, es la actividad destinada a investigar el recto sentido del precepto,

(10) DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, «Contratos en general. Motivación de propuestas», en *Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y propuestas*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998, pág. 234.

sea éste una norma jurídica (creadora de derecho objetivo) o un acto jurídico (creador de derecho subjetivo), desde que en ambos hay una declaración de voluntad.

Consecuentemente, interpretar las estipulaciones redactadas por el predisponente para incorporarse a las CGC y a las ofertas en los contratos-tipo formados por adhesión (que es el campo de acción del art. 1.401) es necesariamente tratar de encontrar cuál es el sentido propio que el predisponente les ha querido dar.

Establecer, como lo hace el artículo 1.401, que la interpretación debe hacerse, en caso de duda, a favor de la otra parte (que, ciertamente, no es el espíritu de la estipulación) constituye una desnaturalización de la interpretación.

No es criticable la regla *contra stipulatorem*. Por el contrario es loable que se exija al predisponente un deber de expresarse claramente y que se sancione el incumplimiento de este deber estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique a favor de la contraparte. Lo censurable es que a este procedimiento se le llame "interpretación", que tiene una naturaleza completamente distinta.

El Derecho no necesita subterfugios para llevar a cabo el justificadísimo propósito de responsabilizar al predisponente por la oscuridad o ambigüedad de las estipulaciones que ha redactado. Como afirma LANDO, la técnica de utilizar la interpretación para efectuar un control indirecto de las CG se presta a crítica pues el problema debe encararse abiertamente».

III. EL CONTROL: UN LIMITE PARA LAS RELACIONES JURIDICAS

El actuar libre de las personas tiene que tener necesariamente límites en consideración de su propia naturaleza social. Como expresan Díez-PICAZO y GULLÓN: «Para que los seres libres puestos de esta manera en relación puedan ayudarse mutuamente y no estorbarse nunca en el desarrollo de su actividad, es necesario que una línea invisible de separación determine los límites dentro de los cuales el desenvolvimiento paralelo de los individuos encuentra seguridad e independencia. La regla que fija tales límites y garantiza esa libertad se llama Derecho. Bajo este punto de vista, cada relación de derecho se nos parece como una relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada uno un dominio en el que su voluntad reina independientemente de otra voluntad extraña» (11).

(11) Díez PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, sexta edición. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1988, págs. 220 y 221.

En esa perspectiva, es satisfactorio comprobar, en palabras de REZZÓNICO (12), «que la autonomía reconocida al individuo en las codificaciones del siglo XIX como potestad de autodeterminarse para la regulación de sus intereses, se ha visto modificada por el enriquecimiento científico proveniente de las nuevas formas jurídicas y de los acontecimientos económico-sociales que, aun permaneciendo desde cierta perspectiva en el cuadro tradicional del derecho civil, reconocen una mayor acentuación de sus límites internos en homenaje a nuevas exigencias de solidaridad y sociabilidad afirmadas cada vez con mayor intensidad».

Dentro de este marco, es preciso, a fin de coadyuvar a la integración de las relaciones sociales, controlar la utilización de mecanismos que puedan convertirse en medios de explotación, instrumentos de opresión, de una parte sobre otra. Precisamente por ello, es que resulta una necesidad, establecer restricciones y controles en situaciones como las que plantean las CGC, donde no debe perderse de vista, «la particular posición de sujeción en que se encuentra (la parte débil) frente al predisponente» (13).

Sobre este particular, expresa JORDANO FRAGA que: «No se discute que en el actual desarrollo del capitalismo moderno, las CG desplacen al contrato individual evitando el regateo y la discusión parsimoniosa de los antiguos mercados (...) simplemente se precisa, sentada la actual utilidad y conveniencia de esta forma de contratación, que ello no debe suponer el sacrificio de los clientes, ni el que los empresarios, en uso de un poder ilimitado —limitación del poder que actualmente el Derecho desconoce en todos sus ámbitos— puedan conformar a su gusto, sin consideración de las normas legales, el contenido de los contratos. La cuestión de las CG no versa, pues, sobre su conveniencia —que nadie discute en las actuales circunstancias— o su permisividad (ni su indiscriminada condena), sino sobre la necesidad de su control, de establecer límites para su validez» (14).

IV. FORMAS DE CONTROLAR EL ABUSO

La mayor ventaja de la utilización de CGC es la de facilitar el comercio empresarial. Sin embargo, frente a esto, la doctrina y la jurisprudencia (15)

(12) REZZÓNICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predisuestas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 332.

(13) JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987, pág. 383.

(14) JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, págs. 385 y 386.

(15) Se expresa en la exposición de motivos del anteproyecto de ley española sobre condiciones generales de la contratación de 1983, que: «Como señala la Resolución (76) 47 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 16 de noviembre de 1976, "el

son unánimes al señalar el grave problema del abuso en que puede incurrir la parte que preirredacta la cláusula, abuso que, como expresa DI IORIO, «...resulta consecuencia del predominio de una de las partes que le permite conducir toda la operación e imponer cláusulas que derogan los principios generales establecidos por la ley, reemplazándolos por cláusulas opresivas, contrarias al principio de buena fe, que terminan por afectar la equivalencia de los intereses bilaterales» (16).

Las CGC constituyen casi siempre el soporte de los contratos por adhesión. Señala SALANDRA «que cuando se predispone un esquema de contratos por adhesión, no se puede, ordinariamente, comprender todos los elementos de cada contrato que se deberá cumplir en base a él. Se deberá dejar al individuo la facultad de fijar libremente algunas. Así, un banco dejará al cliente la libertad de la suma a depositar; una empresa ferroviaria dejará al viajero la elección del tren, de la clase o del lugar del destino; una fábrica de automóviles dejará al comprador la elección del tipo de máquina que desea, aun cuando todas las otras condiciones contractuales sean fijadas precedentemente. Así es que en la mayor parte de los contratos por adhesión deberá distinguirse una parte general del contenido contractual —predispuesta— relativa a las condiciones generales comunes a todos los contratos similares, y una parte especial —que se acordará vez por vez— relativa a las condiciones particulares del caso singular» (17).

Los empresarios aducen que las cláusulas regulan aspectos técnicos; que los Códigos han quedado anticuados; que las cláusulas buscan claridad y unidad en la interpretación y aplicación de los contratos; y, que la limitación de la responsabilidad del empresario se compensa con una disminución del precio y la posibilidad de que el cliente contrate un seguro. Ante esto, se ha respondido que la crítica no condena las cláusulas, sino que pretende que se les controle; que las cláusulas pueden tornarse tan anticuadas como los Códigos.

proveedor se encuentra, por lo general, en una posición más fuerte que el consumidor para negociar; dispone a menudo de recursos económicos y de conocimientos técnicos superiores; se beneficia a menudo del apoyo del organismo del que depende para establecer documentos contractuales estandarizados”, etc. Estas circunstancias, en las que las empresas desarrollan normalmente su actividad, pueden, como añade la misma Resolución, colocar a la otra parte contratante “en una situación de inferioridad perjudicial a sus intereses”, por lo que se hace necesario establecer, en la medida de lo posible, el equilibrio de los contratantes dentro del marco de la autonomía de la voluntad» (Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1984, pág. 7).

(16) DI IORIO, ALFREDO J., «Las cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano y en el ordenamiento jurídico latinoamericano», en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, núm. 18, Lima, 1986, pág. 84.

(17) Citado por MORELLO, AUGUSTO M., y STIGLITZ, RUBÉN S., «El contrato por adhesión a condiciones generales», en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, núm. 41, La Plata, 1981.

digos; que normalmente son oscuras; y que no puede justificarse la irresponsabilidad impuesta (18).

Expresa DE CASTRO Y BRAVO que: «Las CG se articulan en forma de Códigos de también creciente volumen y compilación. Las asesorías de las grandes empresas aguzan su ingenio para descargar a sus casas de cualquier responsabilidad, a la vez que procuran encadenar al cliente de modo y forma que la voluntad del empresario sea soberana para decidir sobre cualquier contingencia posterior a la perfección del contrato. El hallazgo de una nueva cláusula, que astutamente refuerce la prepotencia del empresario, será copiada y agregada enseguida en el texto de las condiciones generales de las demás empresas. De modo que la extensión de estas condiciones se hace mayor, a la vez que se disminuyen las facultades del cliente. La misma forma objetiva y abstracta de su redacción ha facilitado el empleo corriente de las CG. Se ha observado que condiciones, de las que se avergonzaría un comerciante de proponerlas individualmente, se disimulan en el fárrago de reglas articuladas, escritas de modo esotérico, se excusan como propias de una rama de la industria o del comercio, si han sido compiladas por una asociación; así, doblemente anónimas, todos los empresarios se aprovechan de ellas, aunque a nadie agrade aparecer como su autor. Los tratadistas, incluso aquellos que defienden que las CG tienen valor de fuente de Derecho objetivo, no ocultan, y hasta lo destacan como carácter distintivo de ellas, que son instrumentos de opresión y causa de desigualdad jurídica para los contratantes. No defienden su justicia o legitimidad, sino que afirman su legalidad. Tampoco los representantes de los intereses de las empresas niegan la existencia de cláusulas malas e injustas, sino que sostienen su general eficacia, al ser aceptadas o firmadas por el cliente. La situación, así creada, se nos presenta, en un primer momento, como una desconexión entre la ley positiva y la justicia» (19).

No es posible ni conveniente otorgar a los empresarios un poder ilimitado para prerredactar a su total y libre arbitrio el contenido de un contrato. Las CG son beneficiosas cuando existe competencia en el mercado entre las empresas que las prerredactan. De este modo, los clientes podrán elegir las que resulten más convenientes para sus intereses. El problema más grave se presenta cuando existen situaciones de monopolio de una sola empresa o de varias que actúan bajo la misma dirección. En este caso, nos encontraremos siempre con contratos por adhesión que se celebran sobre la base de CGC, que pueden resultar sumamente peligrosos para el consumidor (20).

(18) Cf. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, págs. 18 y 19.

(19) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *op. cit.*, págs. 54 y 55.

(20) Opina al respecto GARCÍA AMIGO, que «...el gran peligro de la utilización de condiciones generales radica no tanto en sí mismas, cuanto en el hecho de que se

En realidad, se presenta en estos supuestos una aceptación forzada, ya que al consumidor no le queda otro camino que el contratar o el prescindir del servicio (21). Como expresa GARCÍA AMIGO, «...lo que ocurre es que en caso de monopolio tal aceptación no es libre desde un punto de vista fáctico, pues la libertad supone en el fondo una posibilidad de elegir entre dos cosas diversas, mientras que el monopolio es, por definición, la ausencia de elección porque es única la posibilidad de elegir —mono=uno—: en otros términos, que no hay elección» (22).

Por estas razones, concuerdo plenamente con STIGLITZ y STIGLITZ cuando señalan que: «El respeto de lo “humano”, en el marco de los fenómenos de producción, negociación y consumo a nivel de masas, emplaza la cuestión de la tutela del consumidor, en la instrumentación de un verdadero “control social sobre la actividad privada”. La meta consiste en compatibilizar las finalidades perseguidas por la empresa con las necesidades colectivas. Es decir, lograr su encauzamiento en dirección a propósitos no exclusivamente individuales, sino también sociales» (23).

impongan uniformemente por una empresa que goce de una posición de monopolio o cuasi-monopolio de hecho, es decir, cuando las condiciones generales son el medio técnico de realizar jurídicamente o facilitar por lo menos una actividad monopolística en el mercado. En efecto, mientras las condiciones generales no sean monopolísticas la acción de la concurrencia obliga a que los propios empresarios procuren ofrecer sus productos en las condiciones más favorables a los clientes, en la lucha por la conquista del mercado y poder colocar así sus productos; o, en todo caso, los clientes pueden acudir a otros empresarios que ofrezcan los mismos productos en condiciones diferentes, o al menos con precios distintos; por el contrario, las condiciones generales de contrato monopolísticas o de una empresa que goce de una posición dominante en el mercado son realmente impuestas a la clientela de los propios servicios y productos, la cual deberá aceptar los contratos en las condiciones deseadas por la empresa —y ésta deseará las que le sean más favorables o tendrá que renunciar a la cosa o servicio—, ya que dicha empresa controla el mercado en virtud del monopolio; ahora sí que es apropiado hablar de contratos de adhesión, en el cual el cliente o lo toma —como el empresario quiere— o lo deja —y se queda sin el servicio o producto que deseaba: take-it-or-leave-it—» (MANUEL GARCÍA AMIGO, «Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXIX, Madrid, 1965, pág. 732).

(21) Es interesante hacer notar, como lo hace JORDANO FRAGA (*op. cit.*, pág. 384), que OSSORIO MORALES («Crisis en la dogmática del contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, págs. 1182-1183), «ya ponía de manifiesto que en la contratación de adhesión no existe en realidad, en muchos casos, ni la libertad de decir sí o no, pues se trata de negocios jurídicos que necesariamente han de ser realizados, ya que de lo contrario se tendría que renunciar a viajar, a utilizar el fluido eléctrico, o el gas, o los servicios de un banco, o de una compañía de seguros. En todos estos casos, quien celebra uno de estos contratos está en el fondo disconforme con las condiciones que se le imponen; si pudiera hacerlo, no contrataría, o lo haría en condiciones distintas. De suerte que es consustancial en tales negocios un cierto vicio del consentimiento que, sin embargo, no los invalida».

(22) MANUEL GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, pág. 733.

(23) STIGLITZ-STIGLITZ, *op. cit.*, pág. 8.

El control del abuso en las CGC se presenta en dos situaciones distintas:

i) CUANDO LAS CLÁUSULAS YA INTEGRAN UN CONTRATO INDIVIDUAL

i.1. *Control judicial*

Los contratos que se celebran sobre la base de CGC se rigen por sus reglas particulares, así como por las generales que son aplicables a todos los tipos de contratos. En el caso del ordenamiento positivo peruano podrá invocarse el abuso del derecho, la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, siempre y cuando se presenten los requisitos que configuran estas instituciones.

La intervención judicial, como expresan MORELLO y STIGLITZ, «debe considerar la presencia en estos casos de una “menor voluntad común”, para conducir el esfuerzo en restablecer el equilibrio contractual destruido en un contrato caracterizado por el sometimiento de una parte a otra que concentra todo el poder negocial» (24).

Ha expresado OTERO LASTRES que «entre las principales medidas que se han propuesto en el derecho comparado para tutelar debidamente el interés de los consumidores frente a las CG de aquel carácter (ilícito o abusivo), cabe destacar las siguientes: fomento de la competencia; creación de condiciones-tipo por comisiones especializadas; introducción de la obligación de obtener autorización previa; constitución de un Ombudsman de los consumidores; autocontrol por parte de las asociaciones; incremento del derecho imperativo y fortalecimiento del control judicial» (25).

El control judicial puede estar dirigido a solucionar dos tipos de problemas:

a) En caso de presentarse cláusulas ambiguas, oscuras o contradictorias

Se deberán aplicar las reglas generales y particulares de interpretación, según sea el caso.

Concretamente, a propósito de las CGC y como se ha mencionado anteriormente, el Código Civil peruano establece lo siguiente:

— Cuando no han sido aprobadas administrativamente y se presenta incompatibilidad entre las cláusulas del formulario y las agregadas a éste.

Prevalecen las agregadas, aun en el caso de que las del formulario no se hubieran dejado sin efecto (art. 1.400).

Señalan MORELLO y STIGLITZ que: «Es regla consagrada la de la prevalencia de las condiciones particulares (manuscritas o mecanogra-

(24) MORELLO, AUGUSTO M., y STIGLITZ, RUBÉN S., *op. cit.*, pág. 66.

(25) Citado por MORELLO y STIGLITZ, *op. cit.*, pág. 71.

fiadas) sobre las condiciones generales (impresas) que las contradigan o alteren su sentido, aun cuando estas últimas no fueren derogadas convencionalmente. Es que las condiciones particulares contienen de ordinario las convenciones que fueron objeto de tratativas y discusión por los contratantes, por lo que deben considerarse como deliberada modificación de las condiciones generales, que por lo común reflejan la voluntad de una sola de las partes, a la que la otra adhiere sin mayor reflexión» (26).

Conviene reiterar que el artículo 1.400 no se refiere propiamente a las CGC sino a los contratos por adhesión cuyas ofertas se redactan en formularios impresos, siendo suficiente que las partes firmen el documento para que el contrato quede celebrado (contratos-tipo).

La norma, como quedó expresado anteriormente, desvirtúa el carácter inmutable de los contratos por adhesión.

- Cuando hay duda sobre la interpretación de las estipulaciones insertas en las CGC o en formularios redactados por una de las partes.

Según lo señalado por el artículo 1.401 se interpretan en favor de quien no las redactó en aplicación del principio *in dubio contra stipulatorem* (27) que significa que en la duda se está contra el estipulador

(26) MORELLO, AUGUSTO M., y STIGLITZ, RUBÉN S., *op. cit.*, pág. 68.

(27) A esta norma la inspira el mismo principio del artículo 1.288 del Código Civil español que prescribe que: «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad». Se trata de una regla de interpretación *contra proferentem*, que a decir de LACRUZ, representa «una carga adicional para el redactor unilateral del contrato, y correlativamente una ventaja para quien lo suscribe sin haber intervenido en su redacción» (citado por PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen I, Barcelona, 1978, pág. 251).

La interpretación constituye así un mecanismo de control indirecto o encubierto a decir de JORDANO FRAGA. «Con la idea del control indirecto o disimulado, se alude a la utilización para el control del contenido contractual predispuesto (y, por tanto, para la tutela de la parte adherente) de instrumentos que en sí mismos no atañen directamente al control de la libertad contractual. En otras palabras, se trata de la utilización para la consecución de una cierta finalidad (el impedir el abuso de la libertad contractual) de instrumentos que, por su propia naturaleza, son extraños a la misma. Entre estos instrumentos de control indirecto o encubierto es de señalar, particularmente, el recurso a la interpretación como instrumento de control del contenido contractual predispuesto, en modo de hacer en él la relectura más favorable al adherente. De este modo resulta que ciertos cánones o criterios hermenéuticos de vigencia general en el ámbito contractual, cuando se utilizan en el ámbito específico de la contratación en masa, adquieren un significado peculiar y propio de instrumentos de control de la voluntad del predisponente y, correlativamente, de defensa de la "parte débil"» (JORDANO FRAGA, FRANCISCO, págs. 375 y 376). En contraposición, el denominado control directo «se caracteriza como una intervención (directamente) dirigida a limitar la libertad contractual, y a hacerlo, empleando los instrumentos destinados precisamente a ese fin (la ley, la moral y el orden público)» (JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 375).

La vigente ley española sobre condiciones generales de la contratación de 1998 esta-

o prerredactante o que la duda favorece al que no las redactó, ya que quien formula las cláusulas del contrato tiene el deber de expresarse claramente.

El artículo 1.401 constituye una excepción a lo prescrito por el artículo 169 del Código Civil en el sentido de que: «Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas».

No puede dejar de mencionarse que, al no haberse normado específicamente sobre la interpretación de las expresiones que en una CGC tengan varios sentidos, se aplicará la regla genérica del artículo 170, debiendo entenderse dichas expresiones en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

b) En caso de presentarse cláusulas leoninas o abusivas

Se puede ofrecer al juez la facultad de revisar cualquier cláusula y declarar su invalidez en la medida en que resulte atentatoria contra el principio general de la buena fe.

A este respecto, cabe mencionar que el Proyecto de regulación de las condiciones generales del contrato, presentado por la Comisión encargada de su redacción por el Gobierno de Israel en 1959, «confiere al juez unos poderes excepcionales —que no tiene en los negocios normales— de revisión de las cláusulas onerosas, pudiendo anular tales cláusulas o limitar sus efectos o liberar total o parcialmente al adherente del vínculo contractual en la medida en que lo considere justo y conveniente. Por cláusulas onerosas entiende las que implican una explotación por parte de la empresa predisponente de su posición privilegiada o de su relación de fuerzas frente al adherente» (28).

Es posible sostener la facultad de revisión de los contratos en el ordenamiento jurídico peruano sobre la base de lo señalado en el artículo 1.362 del Código Civil que establece que: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

El actuar de buena fe, en función de la equidad, constituye la solución a alcanzar en la ejecución honesta de todo contrato. Si el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo ello se explicita a través de la buena fe que, como indica ESPERT SANZ, «es la confianza de que todo el que forme parte, se mezcle, otorgue, intervenga o se obligue, en una relación jurídica, en un acto jurídico, se conducirá en orden al mismo, tal y como usualmente lo hacen en

blece en su artículo 6.º, apartado 2, que «las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente».

(28) GARCÍA AMIGO, MANUEL, *op. cit.*, pág. 715.

el mismo orden de cosas los hombres honrados, los buenos varones, los honestos padres de familia. Las reglas más amplias de esta conducta honesta son las milenarias *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*» (29).

Los contratos también pueden ser revisados judicialmente cuando su contenido es contrario a las normas de carácter imperativo. El artículo 1.354 del Código Civil establece el derecho de las partes para determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a alguna norma de carácter imperativo. Toda norma de este tipo es de interés general y se debe tener en cuenta el artículo V del Título Preliminar que sanciona con nulidad el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Esta posibilidad de revisión puede darse tanto en el caso de cláusulas aprobadas administrativamente como en el de las no aprobadas administrativamente.

i.2. *Control administrativo*

Es el que se realiza a través de la Administración Pública con la finalidad de que ésta verifique el cumplimiento de las normas que en relación con esta modalidad de contratación han sido dictadas. DI IORIO pone como ejemplo de este tipo de control el que realiza en Argentina la Inspección General de Justicia sobre las sociedades que captan el ahorro público (30).

ii) CUANDO LAS CLÁUSULAS NO HAN SIDO INCORPORADAS TODAVÍA A UN CONTRATO INDIVIDUAL

Esta es la modalidad de control que resultaría deseable que prospere. Como bien expresan MORELLO y STIGLITZ: «Razones de seguridad, de confiabilidad e inclusive de economía, aconsejan no transitar una costosa y aleatoria controversia judicial, toda vez que es más útil para el interés particular y para el general que cubre todas las líneas de contrataciones seriadas o idénticas, disponer antes de que se consume la relación jurídica con medios expeditivos que impidan la aparente juridicidad de cláusulas de ese linaje» (31).

(29) ESPERT SANZ, VICENTE, *La frustración del fin del contrato*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, pág. 118.

(30) DI IORIO, ALFREDO J., *op. cit.*, pág. 88.

(31) MORELLO y STIGLITZ, *op. cit.*, pág. 72.

ii.1. *Control legislativo*

El control legal se hace necesario porque lo que empezó como una excepción, es decir, como la posibilidad de renunciar en materia privada a acciones o beneficios concedidos por la ley, se tornó en regla, de modo tal que las cláusulas de renuncia se volvieron cláusulas de estilo (*voluntas hominis facit cessare voluntatis legis*) (32).

Como se ha referido anteriormente, el Código Civil peruano, en su artículo 1.398, establece que en los contratos celebrados por adhesión y en las CGC no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quienes las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo o de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Anteriormente se ha dejado constancia de que se trata de un listado manifiestamente incompleto que, por lo demás, tiene carácter taxativo.

Para abordar la regulación de las cláusulas abusivas o vejatorias han sido planteadas las siguientes opciones:

- a) Establecer una cláusula general o norma abierta que involucre, con gran amplitud, las diversas posibilidades de estipulaciones vejatorias.
- b) Enumerar puntualmente las CGC que tienen carácter abusivo.

Participo de la opinión de que «es difícil optar por una de las dos posiciones extremas (...). La primera tiene la ventaja de permitir un juego más libre del arbitrio judicial, pero el peligro de su imprecisión daría lugar a una gran inseguridad. La segunda adolece de una rigidez que no está a tono con la creatividad cada vez mayor que informa la contratación moderna, pero pone coto a las acciones de invalidez de las cláusulas, agilizando esta contratación» (33).

(32) El artículo 1.341, segundo párrafo, del Código Civil italiano exige la aprobación por escrito, entre otras, de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Sobre este particular, expresa JORDANO FRAGA que «la doctrina ha puesto ya largamente de manifiesto la insuficiencia del remedio legislativo de la específica aprobación por escrito de las cláusulas lesivas como instrumento de protección de la parte débil en la contratación en masa. Insuficiencia incluso en el plano formal de la cognoscibilidad del contenido de la cláusula lesiva..., pues la “doble aceptación” corre el riesgo de convertirse en algo inmediato o automático por parte del adherente» (JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 381).

Aquí se presenta lo que JUAN CARLOS REZZÓNICO (*op. cit.*, pág. 599) denomina adecuadamente como «proteccionismo ingenuo». En efecto, la aprobación por escrito de las cláusulas limitativas de responsabilidad, es simplemente un «recurso formal» que no elimina los riesgos inherentes a la condición adversa del no predisponente.

(33) Cf. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *op. cit.*, págs. 216 y 217.

Ante ello, tal vez la solución más aconsejable sea que el Código Civil contemple una regla general que defina cuándo las CGC son nulas e incluso presumiendo su invalidez en determinados casos, haciendo recaer sobre el predisponente la carga de la prueba de su conformidad con las exigencias de la buena fe. La ley reglamentaria deberá enumerar, con carácter puramente enunciativo, esto es, de modo simplemente ejemplificativo, abierto, las cláusulas abusivas.

En caso contrario, se correría el riesgo de que se sostenga la validez de cláusulas efectivamente abusivas, sólo por no estar consideradas explícitamente en el listado.

En este orden de ideas, la regla general a la que se hace referencia podría tener el siguiente texto:

«Son nulas las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación que se opongan, en perjuicio del adherente, a la buena fe.

Se presumen opuestas a la buena fe las cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; que atribuyan al predisponente una situación desproporcionadamente ventajosa considerando el tipo contractual de que se trate; que injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato; o que modifiquen o limiten los derechos y obligaciones de los contratantes, de modo que se impida que el contrato alcance el fin para el que fue celebrado.

La carga de la prueba en contrario recae en el predisponente.

Corresponde a la ley de la materia señalar, en particular, los casos en que determinadas cláusulas generales de contratación son nulas».

La propuesta se inspira en los Anteproyectos españoles de Ley sobre condiciones generales de contratación, en sus versiones de julio de 1983 (art. 8), noviembre de 1987 (art. 8), y 1991 (art. 7) y en la vigente ley de 1998 (art. 7.º, inciso *a*), así como en los artículos 16 del Decreto Ley número 446/85, de 25 de octubre, sobre cláusulas contractuales generales (Portugal) y 9 de la AGB-Gesetz alemana.

En cuanto a la enumeración concreta de las cláusulas abusivas, parece lo más aconsejable confrontar, comparativamente, los distintos textos legislativos que se ocupan del tema a fin de definir cuáles convendría considerar específicamente, cuyo empleo puede resultar más común en el tráfico contractual, respetando las particularidades de cada país y sus condiciones sociales, económicas y políticas.

Entre las cláusulas a tener en cuenta para esa enumeración, pueden ser mencionadas las siguientes: las que exoneran o limitan la responsabilidad del predisponente; las que invierten la carga de la prueba en perjuicio de la parte adherente; las que imponen compulsivamente la utilización del arbitraje o que desvían al adherente de la competencia del juez al cual corresponde conside-

rarlo naturalmente sometido; las que establecen como ley aplicable al contrato una ley extranjera, sin existir factor de conexión que lo justifique; las que autorizan al predisponente a resolver o rescindir unilateralmente el contrato, salvo tratándose de contratos de duración y siempre que medie un preaviso cursado con anticipación razonable; las que lo facultan a suspender la ejecución del contrato, prorrogarlo o renovarlo; las que lo autorizan a modificar unilateralmente la prestación convenida; las que modifican la obligación de saneamiento en perjuicio del adherente; las que contemplan penalidades irrisorias de cargo del predisponente, y las que restrinjan de cualquier manera el derecho del adherente para resolver el contrato por causas imputables al predisponente.

Sobre este aspecto, es importante considerar la opinión de REZZÓNICO (34), en el sentido de que «no parece que una tipificación cuidadosa, sin exceso legislativo, conduzca a un atascamiento en el desenvolvimiento del comercio o la industria. Sólo que el legislador habrá de cuidar, con referencia a cada país y su circunstancia, de no sobrepasar el nivel admisible de imperatividad, aunque cuidando siempre de resguardar la justicia contractual. En lo demás, se trata de armonizar el conjunto o elenco legal de cláusulas con una disposición central asentada sobre la buena fe que sirva de orientación y complemento. En otras palabras, los inconvenientes de un procedimiento casuístico han de ser superados por el establecimiento de una norma abierta-eje, que cree un mecanismo directivo, pero a la vez subsidiario».

En el mismo orden de razonamiento que el artículo 1.398 se ubica el artículo 1.399 del Código Civil cuando establece que: «En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez».

Una cuestión importante vinculada con el problema del control legislativo es el de la incorporación de las CGC a la oferta de un contrato en particular a celebrarse y el del conocimiento requerido respecto del contenido de tales CGC por parte de quien no las ha redactado.

Algunas legislaciones se inclinan por el conocimiento pleno; otras prefieren su incorporación automática a la oferta cuando han sido aprobadas o revisadas previamente por la autoridad administrativa; y hay, finalmente, las que permiten la incorporación de cualquier cláusula, presumiendo el conocimiento que se ha tenido de la misma por su adecuada publicidad.

El Código Civil peruano utiliza una fórmula mixta (35). Si las CGC han sido aprobadas previamente por la autoridad administrativa, se incorporarán

(34) REZZÓNICO, JUAN CARLOS, *op. cit.*, pág. 456.

(35) Vid. *supra*, II, ii).

automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas (art. 1.393), sin perjuicio de que las partes puedan convenir expresamente que determinadas cláusulas no se incorporarán a la oferta en el contrato particular que ellas celebran (art. 1.395). La situación es distinta cuando las CGC no han sido aprobadas administrativamente. En este caso, se incorporan a la oferta de un contrato en particular cuando han sido conocidas por la contraparte o ha podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria. Se presume el conocimiento cuando han sido publicitadas adecuadamente (art. 1.397).

ii.2. *Control administrativo u homologación*

Se presenta cuando las CGC son sometidas previamente a aprobación por la autoridad administrativa correspondiente.

El Código Civil peruano también se refiere a este sistema de control (arts. 1.393 a 1.396, inclusive) tal como se ha explicado anteriormente (36).

V. SEDE DE REGULACION DE LAS CGC: ¿CODIGO CIVIL? ¿CODIGO DE COMERCIO? ¿LEY ESPECIAL? ¿LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR?

Para abordar esta cuestión, es preciso dejar constancia de que en la legislación comparada es posible advertir hasta cuatro tendencias a propósito de la sede de regulación de las CGC.

Así, algunos países se ocupan de la materia en sus Códigos Civiles. Otros lo hacen en sus Códigos de Comercio. También encontramos que ciertos países lo hacen en leyes dedicadas específicamente a la materia. Finalmente, otros se refieren al asunto en sus leyes de protección al consumidor.

En el primer caso encontramos a Italia (Código Civil de 1942, arts. 1.341, 1.342 y 1.370), Etiopía (Código de 1960, arts. 1.686 y 1.738, 2) y Paraguay (Código Civil de 1985, con vigencia desde 1987, arts. 691 —si bien referido a las cláusulas restrictivas de carácter leonino en los contratos por adhesión— y 713), entre otros, además de los Códigos Civiles del Perú y Bolivia (art. 518).

En el segundo caso puede citarse a Honduras (Código de Comercio de 1950, arts. 726 a 728), además de Bolivia, si bien su artículo 817 se ocupa estrictamente de los contratos por adhesión cuyas ofertas constan en formularios impresos (contratos-tipo).

(36) Vid. *supra*, II, ii), a).

En el tercer caso tenemos, entre otros, a España (Ley 7/1998, de 13 de abril) (37), Israel (Ley 5725/1964, de 12 de febrero, modificada en 1969), Alemania (Ley para la regulación jurídica de las condiciones negocials generales —Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen— llamada «AGB-Gesetz» o «AGBG», de 9 de diciembre de 1976, y su reforma de 19 de julio de 1996), Inglaterra (Unfair Contract Terms Act de 1 de febrero de 1978), Suecia (Ley prohibitiva de cláusulas contractuales abusivas de 1971, modificada en 1973), Portugal (Decreto Ley 446/85, de 25 de octubre, sobre cláusulas contractuales generales), y Holanda (Ley de 18 de junio de 1987), entre otras.

En el último caso encontramos a México (Ley Federal de Protección al Consumidor de 22 de diciembre de 1992, arts. 85 a 90, incluidos en el cap. X, referido a los contratos por adhesión), Argentina (Ley de Defensa del Consumidor de 22 de septiembre de 1993, vigente a partir del 15 de octubre de 1993, arts. 37 a 39) y Brasil (Código de Defensa del Consumidor —Ley 8078 de 11 de septiembre de 1990—, arts. 46 a 54).

Conviene mencionar que en el caso de España, además de la Ley de 1998 mencionada anteriormente, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —Ley 26/1984, de 19 de julio, arts. 10 y 10.bis, y Disposición Adicional primera—, se ocupa de la materia particularmente a propósito de la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

A los efectos de determinar si la regulación de las CGC debe estar en los Códigos —Civil o Comercial—, en leyes dedicadas específicamente a la materia o en las que se ocupan de la defensa del consumidor, resulta preciso advertir que las cuestiones que de ellas se derivan no conciernen exclusivamente al ámbito del Derecho Privado, sino que trascienden a otros ámbitos, aun al Derecho Público.

Ello puede servir de explicación al hecho de que en los últimos tiempos la materia ha sido objeto de regulación por la legislación especial, con excepción del caso del Perú, donde el Código Civil delinea con amplitud los aspectos más saltantes de la institución, por encima de eventuales reservas que puedan merecer algunas de sus disposiciones.

El ejemplo del Código Civil peruano puede servir de guía para definir la sede de regulación de las CGC. No puede desconocerse que el tema de las CGC tiene aspectos en permanente evolución. Así, por ejemplo, el relativo a las cláusulas consideradas abusivas, vejatorias o sorpresivas, que son sancionadas con nulidad y cuyo listado se incrementa continuamente. Estas cuestiones no deben ser materia de una referencia pormenorizada en los Códigos,

(37) Cf. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, LUIS MARÍA, *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.

cuyo sentido de permanencia obliga a regular el asunto desde una perspectiva de generalidad, derivando a la ley especial su desarrollo puntual.

En otras palabras, el tema de las CGC puede ser objeto de regulación general en el Código Civil. Allí deberá constar una definición del instituto; la distinción entre las cláusulas aprobadas y no aprobadas administrativamente y sus efectos (siempre y cuando se estime conveniente tal diferenciación); las reglas de interpretación pertinentes; y una regla general sobre la nulidad de las cláusulas abusivas o vejatorias.

La ley especial, que tendría carácter reglamentario, se encargaría de desarrollar pormenorizadamente, por ejemplo, los casos en que las CGC requieren de aprobación administrativa; las formas de controlar los abusos del pre-disponente; los cauces procesales para hacer efectivos esos mecanismos de control; la autoridad administrativa competente a la que corresponde acudir para denunciar los abusos; la legitimación, sea individual o colectiva —defensa de intereses difusos—, para cuestionar las cláusulas abusivas; las sanciones a aplicarse y sus efectos respecto a las CGC consideradas vejatorias; y, *last but not least*, una enumeración puramente enunciativa, a título ejemplificativo (*numerus apertus*) de las cláusulas consideradas abusivas, que por tal razón carecerían de validez.

Conviene aclarar que la ley reglamentaria, cuyos alcances estarán determinados por la realidad social, económica y política del país en que se aplicará, deberá ser una que esté dedicada exclusivamente a las CGC. No es aconsejable que el asunto forme parte —en todo caso de manera exclusiva— de una ley de defensa de los consumidores, porque, como se explica en el punto siguiente, el tema de las CGC no se agota en la esfera del llamado «derecho de consumo».

VI. LA PROTECCION FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS Y CGC: ¿DEBE LIMITARSE A LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES O EXTENDERSE A TODOS LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON ARREGLO A ELLAS?

No puede negarse que el tema de las CGC está profundamente vinculado con el de la defensa de los consumidores. Así lo corroboran las leyes de protección al consumidor más recientes, a las que se ha hecho referencia anteriormente, que se ocupan de las CGC.

Sin embargo, el campo de las CGC excede, sin duda, la relación entre proveedores y consumidores, pues ellas son usadas con mucha frecuencia, por ejemplo, en el tráfico jurídico entre empresas, donde unas se encuentran en situación de inferioridad, sin que puedan quedar comprendidas en la calidad de consumidores finales y en la protección que brinda la ley correspondiente.

A este respecto, REZZÓNICO (38), se refiere a «la aparición de relaciones de dependencia entre las empresas, de manera que empresas jurídicamente independientes dependen, económicamente, en cuanto a su poder de decisión, de empresas más poderosas. Ello aparte de las “empresas proletarias”: según el plan de producción, pequeñas o medianas empresas trabajan exclusivamente para una grande, en función de sus directivas. En todos los casos se constata la disminución de la contratación libre a través de dos posibilidades: a) empresas desiguales; b) empresas y consumidores».

Por ello, la regulación exclusiva de las CGC en las leyes de defensa de consumidores y usuarios es inconveniente por ser discriminatoria, por cuanto las cláusulas abusivas afectan no sólo a los consumidores propiamente dichos, sino también a las empresas no encuadradas en la categoría de consumidores, con menor poder económico —pequeños y medianos empresarios—, que no pueden enfrentar eficazmente la posición predominante del predisponente en la celebración, por ejemplo, de contratos con entidades bancarias y financieras.

En el Perú, la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), ha resuelto diversos casos declarando improcedentes denuncias presentadas por empresas que han alegado presuntas infracciones a la ley de la materia, lo que pone de manifiesto la inconveniencia de ocuparse de las CGC en las leyes de defensa de consumidores y usuarios.

Para ello se ha tenido en cuenta que el Decreto Legislativo número 716, sobre protección al consumidor, define a los consumidores o usuarios (art. 3, inciso a), como «las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios».

La Comisión ha considerado que el término «consumidor final» no se entiende como aquella persona natural o jurídica que utiliza los bienes y servicios que adquiere para transformarlos en otros bienes y servicios que posteriormente vende en el mercado, sino como el último eslabón en la cadena de producción-consumo. (Es de advertir que el Decreto Legislativo número 716 no contiene una norma como la del párrafo 3 del artículo 1 de la Ley española de defensa de los consumidores y usuarios, que descarta la consideración como consumidores o usuarios de quienes, «sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».)

Empero, la Comisión ha estimado que lo dicho no descarta que eventualmente una empresa pueda constituirse en consumidor final de un bien o servicio si es que lo adquiere, no para transformarlo en nuevos bienes y servi-

(38) REZZÓNICO, JUAN CARLOS, *op. cit.*, pág. 32.

cios, sino para consumirlo como último eslabón de la cadena de producción-consumo.

En el expediente número 72-93-C.P.C., referido a una denuncia por incremento de intereses respecto de diversos contratos de préstamo celebrados por varias empresas con una entidad financiera, la Comisión sostuvo que, «en el caso del crédito, éste constituye un servicio prestado por una institución financiera a las empresas denunciantes, las que lo utilizan para el desarrollo de sus actividades económicas, siendo precisamente el crédito un recurso inherente al proceso de producción de bienes y servicios».

Por ello, la Comisión consideró que carecía de competencia para conocer los hechos materia de la denuncia por no enmarcarse los denunciantes dentro del concepto «consumidor final».

Por su parte, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, dictó con fecha 18 de diciembre de 1996, su resolución número 101-96, que constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

«Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3 del Decreto Legislativo número 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato.

No se consideran, por tanto, consumidores y usuarios para efectos de la ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1.º y 3.º, inciso b), del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes» (39).

Si, como se aprecia, existen operaciones que se celebran precisamente con arreglo a CGC, las cuales quedan excluidas de la protección que se brinda a los consumidores, resulta indispensable que el tema de la defensa contra las cláusulas abusivas no se circunscriba sólo a los contratos con consumidores, sino que se extienda, en general, a todos los que se concluyen sobre la base de CGC.

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS
Catedrático de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima

(39) El texto completo de esta resolución puede ser consultado en *Jurisprudencia de Defensa de la Competencia 1996*, Indecopi, Lima, 1999, págs. 310 a 322.

ANEXO LEGISLATIVO**CODIGO CIVIL****Libro VII*****FUENTES DE LAS OBLIGACIONES*****SECCIÓN PRIMERA****Contratos en general****TITULO II****El consentimiento**

Artículo 1.392. Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

Artículo 1.393. Las cláusulas generales de contratación, aprobadas por la autoridad administrativa, se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.395.

Artículo 1.394. El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa.

Artículo 1.395. Las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebren.

Artículo 1.396. En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz.

Artículo 1.397. Las cláusulas generales de contratación, no aprobadas administrativamente, se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

Artículo 1.398. En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato; y de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje.

(La Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil promulgado por Decreto Legislativo número 768, modificó el texto del art. 1.398 en los siguientes términos:

Artículo 1.398. En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.)

Artículo 1.399. En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

(La Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil agregó el siguiente párrafo al art. 1.399:

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral.)

Artículo 1.400. En los casos del artículo 1.397 las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.

Artículo 1.401. Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

La reintegración de la masa de la quiebra: régimen de ineficacia de los actos de enajenación perjudiciales para los intereses concursales

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. SISTEMA LEGAL: 1. LA RETROACCIÓN: LA NULIDAD ABSOLUTA Y PLENA DEL ARTÍCULO 878.2 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. DISFUNCIONES 2. OTROS CAUCES LEGALES: 2.1. *La anulabilidad*. 2.2. *La acción pauliana*: 2.2.1. Fundamento de la acción pauliana: del fraude al perjuicio. 2.2.2. Caracterización de la ineficacia de lo válido y eficaz. 2.2.3. Los efectos de la rescisión de lo válido y eficaz: a) Ineficacia de los actos a título gratuito y de buena fe; b) Ineficacia de los actos formalmente onerosos, pero materialmente perjudiciales; c) Ineficacia de los actos a título oneroso. La mala fe del adquirente.—II. NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN MATERIA DE REINTEGRACION DE LA MASA DE LA QUIEBRA: DE LA NULIDAD A DERIVADOS CONCEPTUALES DE LA RESCISION PAULIANA: 1. RELACIÓN DE PARENTESCO ENTRE LA ACCIÓN PAULIANA Y LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 879 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO. 2. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA DE LA QUIEBRA: INEFICACIA CARACTERÍSTICA. 3. EL PERJUICIO CONCURSAL. 4. ALCANCE DE LA INEFICACIA FRENTE A TERCEROS. 5. EFECTOS DE LA INEFICACIA: LA RESTITUCIÓN: 5.1. *Ineficacia de los actos a título gratuito*. 5.2. *Ineficacia de los actos onerosos materialmente perjudiciales: desvaloración lesiva de la contraprestación recibida por el deudor*. 5.3. *Ineficacia de los actos del deudor intencionadamente perjudiciales: la mala fe del adquirente.*

INTRODUCCION

La reintegración de la masa de la quiebra es una materia caracterizada por el enfrentamiento de intereses «distintos y distantes». Es una materia conflictiva. Sobre todo, cuando en la batalla concursal anda involucrado un tercero que —en un momento anterior a la quiebra formal— ha comprado de buena

fe un bien al deudor. Precisamente el mismo bien que echan en falta los acreedores cuando intentan hacer efectivos sus derechos de crédito. Aquí es donde la pugna de intereses, característica de la quiebra, se hace más patente y tensa. Por una parte, los acreedores concursales están interesados en rescindir el acto de disposición del deudor para incrementar los bienes que conforman el patrimonio a liquidar en el procedimiento concursal; y por otra, el tercero que adquiere el bien, según derecho, no quiere perderlo para remediar un problema ajeno. La opción no es fácil porque las razones de la seguridad del crédito inclinan la balanza a favor de los primeros y las razones de la seguridad del tráfico, a favor de los segundos.

El conflicto se reproduce en relación a toda una serie de actos del deudor, también anteriores a la quiebra formal y, en principio, perfectamente válidos y eficaces, pero que, de una manera u otra, con mayor o menor intensidad, ocasionan un perjuicio a los acreedores al acentuar o provocar la insolvencia o vulnerar el principio *par conditio creditorum*: enajenaciones gratuitas, pagos anticipados de deudas no vencidas, la llamada superposición de garantías...

El objeto de este trabajo es delimitar conceptual y funcionalmente la ineficacia de estos actos, poniendo especial cuidado en marcar las distancias con otras formas de ineficacias afines (1). Como tendremos ocasión de comprobar, la indeterminación legal de los presupuestos y efectos de la «retroac-

(1) Sobre la caracterización de la ineficacia en materia concursal, vid. KIPP, «Impugnación de los actos in *fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español», en *RDP*, 1924, pág. 1 y sigs.; SOTILLO NAVARRO, «El principio pauliano en la retroacción», en *RGD*, 1964, pág. 551 y sigs.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», en *RDM*, núm. 151, 1979, págs. 37 y sigs.; MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra*, Pamplona, 1997; MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona, 1995. La caracterización de la ineficacia de los actos perjudiciales a los acreedores se ilustra también con los estudios sobre la acción pauliana: DE CASTRO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», en *RP*, 1932, pág. 193 y sigs.; OERTMANN, «Invalidiz e ineficacia de los negocios jurídicos», en *RDP*, 1929, pág. 76 y sigs.; LABANDERA Y BLANCO, «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil», en *RDP*, 1914, pág. 180 y sigs.; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, artículos 1.290-1.299, t. XVII-2, Madrid, 1995; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana*, Madrid, 1997; DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio», en *Aranzadi Civil*, 1993-II, págs. 2489 y sigs.; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, págs. 364 y sigs.; ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis de su concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción*, Barcelona, 1992, pág. 117 y sigs.; LOHMANN LUCA DE TENA, «Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana», en *RGLJ*, mayo de 1984, pág. 469 y sigs.; FERNÁNDEZ CAMPOS, «Algunas

ción» ha provocado la tendencia a diluir su caracterización conceptual en la categoría de invalidez negocial. Así es como, en definitiva, el estudio sobre la reintegración de la masa de la quiebra se convierte, al menos en un primer momento, en un trazado de fronteras conceptuales. En la misma línea vamos a abordar el estudio de la ineficacia de protección de los intereses concursales con reservas. En particular nos ocuparemos de la ineficacia de los actos de enajenación, dejando para otro momento el estudio de la ineficacia de los actos solutorios. Aunque ambas formas de ineficacia pertenecen a una categoría genérica, responden a distintas lógicas subyacentes. Puede distinguirse netamente la impugnación de los actos de enajenación para reintegrar propiamente la masa de la quiebra con los bienes que han salido del patrimonio del deudor, de la impugnación de los pagos para salvaguardar las reglas concursales de cobro (*par conditio creditorum*). Ello permite fraccionar el estudio. Si bien, claro está, la proximidad de parentesco resalta por contraste las respectivas peculiaridades. Nos veremos obligados, pues, a reforzar la caracterización de la ineficacia de los actos de enajenación con las referencias necesarias sobre la ineficacia de los actos solutorios.

Pero antes de caracterizar es necesario comprender el problema de la reintegración. Muchos de los errores dogmáticos sobre la ineficacia concursal se derivan justamente de una visión desfigurada de la «realidad». Intentemos, pues, aproximarnos a ella y desde «tierra firme» se podrán repensar, sin prejuicios, los dogmas concursales.

La integración de la masa de la quiebra y los mecanismos de ineficacia que la caracterizan actúan sobre actos válidos realizados por el deudor. Son actos intrínsecamente bien formados de los que no cabe predicar, al tiempo de la celebración, ninguna irregularidad. Tampoco son contrarios a la ley o al orden público. En el momento en que se celebra el acto —que es el «momento de la validez»— no existe norma impeditiva de los mismos: nada ata el bien al patrimonio del deudor; nada prohíbe al deudor disponer de un bien o realizar un pago «debido». Tampoco el «orden público» exige el inmovilismo patrimonial. El deudor insolvente o próximo a la insolvencia, acuciado por la difícil situación patrimonial, puede lícitamente enajenar algunos bienes para obtener liquidez, fondos, o realizar algunos pagos para conseguir nuevos créditos... Estas operaciones de última hora entran dentro de la lógica empresarial, caracterizada precisamente por el dinamismo patrimonial. Otra cosa es que realice estas operaciones con ánimo de defraudar las expectativas de sus acreedores. O que, finalmente, los actos, a pesar de la buena intención del

consideraciones sobre la acción revocatoria en el Derecho italiano», en *ADC*, abril-junio de 1997, pág. 631 y sigs.; y el mismo autor, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998; JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999.

deudor, agraven la situación de insolvencia en perjuicio de los acreedores. Que sean actos demasiados arriesgados... Estas ya son cuestiones distintas. Pero, desde el punto de vista empresarial, la entrada y salida de bienes del patrimonio no es contraria al orden público. El inmovilismo patrimonial sólo se produce a partir de la quiebra judicial.

Los actos o negocios realizados por el deudor no se atacan, pues, por razones de invalidez o en cuanto ilícitos. No estamos ante una ineficacia que sancione las irregularidades negociales o los comportamientos fraudulentos. El fundamento de la pretendida rescisión es el perjuicio que el acto ocasiona a los acreedores. La ineficacia se caracteriza, pues, como un mecanismo de protección de los intereses concursales: se impugnan actos válidos para traer a la masa de la quiebra bienes o valores que en un momento anterior formaron parte del patrimonio del deudor, a los efectos de aliviar la situación de insolvencia.

Desde este punto de mira, cuesta esfuerzo admitir la nulidad como instrumento de ineficacia de estos actos. Tampoco la anulabilidad es la solución. Tanto una como otra están pensadas y construidas sobre la idea de irregularidad negocial: actos intrínsecamente nulos, ilícitos, viciados... No encajan, por tanto, conceptualmente en el sistema de reintegración de la masa de la quiebra que se articula en torno al problema de actos válidos, pero perjudiciales. El problema va más allá del error conceptual. La invalidez tampoco da respuestas funcionalmente adecuadas. Se trata de una categoría absoluta que no permite particularizar las soluciones, según los distintos intereses implicados en la reintegración. En concreto, la nulidad no salvaguarda de la ineficacia a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, merecedores de una especial protección en el tráfico jurídico.

La naturaleza de los intereses en juego tampoco permite recurrir de forma generalizada a categorías de ineficacia articuladas sobre criterios subjetivos: fraudulentos. Los problemas característicos de la reintegración de la masa de la quiebra en ocasiones exigen respuestas objetivas.

Cuando el sujeto que adquiere un bien o recibe un pago del deudor actúa de mala fe —conscientemente en perjuicio de los acreedores—, la idea de fraude permite atacar cómodamente los actos en los que se concreta el perjuicio concursal. No obstante, el perjuicio también deviene de forma objetiva. La adquisición del tercero de buena fe puede ser igualmente perjudicial para los intereses concursales si objetivamente provoca o agrava la situación de insolvencia del deudor. Incluso, el propio deudor puede proceder de buena fe. Simplemente ha sido poco cuidadoso o afortunado en la gestión de sus asuntos. Por ejemplo, vende un bien a bajo precio acuciado por necesidades imperiosas. Y este acto, como veremos, aunque oneroso, es perjudicial para los acreedores. En fin, las cosas se objetivan bastante. Ahora se trata de impugnar actos válidos y eficaces, sin el punto de apoyo de una actuación fraudulenta.

Hay que ponderar, pues, con especial cuidado el alcance y consecuencias de los mecanismos de reintegración. En concreto, hay que dotar al sistema de cierta flexibilidad, particularizando las soluciones según los distintos intereses en juego. El interés de los acreedores es digno de protección; pero no a costa de lo que sea, hasta el punto de sacrificar la adquisición de un tercero a título oneroso y de buena fe. En cambio, si el conflicto se plantea entre los acreedores y un tercer adquirente a título gratuito, la balanza de equidad se inclina a favor de los primeros. Al fin y al cabo, el adquirente se enriquece a expensas del patrimonio del deudor sin dar nada a cambio. Cabe, por tanto, predicar la rescisión de la adquisición con una ratio estrictamente objetiva, concretada en el *enriquecimiento sin costes*. La ratio de decisión también se objetiva respecto a los acreedores de la insolvencia que reciben un pago en perjuicio del resto de los acreedores concursales. El principio de paridad de trato (*par conditio creditorum*) implica objetivamente a todos los acreedores y la misma ratio explica la rescisión de los pagos contrarios a la regla paritaria. Por las mismas razones de orden concursal se predica también la rescisión «objetiva» de la llamada superposición de garantía.

La objetivación conceptual de la ineficacia concursal permite, al mismo tiempo, articular y flexibilizar el alcance de sus consecuencias, con una ratio moderadora. Una «medida» es restituir la cosa a la masa de la quiebra —que es lo que parece exigir la concepción objetiva—, y otra, distinta, exigir, además, la restitución de los frutos, como tradicionalmente se viene predicando por influencia de una caracterización de la ineficacia como sanción del fraude. O en el caso de que la restitución no se pueda concretar sobre la cosa en naturaleza porque haya sido enajenada a un subadquirente, la ineficacia se puede traducir, bien en la devolución del valor de la cosa, bien en la restitución del enriquecimiento; la primera consecuencia es propia del sistema de responsabilidad por culpa y la segunda se identifica con un planteamiento objetivo de la rescisión. Y no se interprete mal la ratio objetiva predicada. Porque no se dice que la mala fe sea irrelevante. Si concurre, claro está, se agravan los efectos de la ineficacia. Pero una cosa es que la mala fe agrave los efectos y otra, particularmente diferente, que actúe como ratio delimitadora de las consecuencias de la ineficacia.

Tampoco se aboga por la objetivación absoluta e indiscriminada, en todo caso. Como tendremos ocasión de precisar en su momento, existen ámbitos donde sigue funcionando el binomio tradicional fraude-perjuicio y la mala fe es la llave maestra que abre la puerta de la ineficacia: el acto perjudicial se rescinde en cuanto fraudulento. Quizá se podría hablar ahora de ilicitud sobre la base de la mala fe y aproximarnos a la ineficacia-sanción; pero incluso aquí existe cierta objetivación en cuanto que el fraude se valora como conocimiento de la insolvencia, y no estrictamente como intención de perjudicar. Además, la ecuación perjuicio-ilicitud está próxima al ámbito de la responsabili-

dad por daños. Pero no nos engañemos. Porque la idea central sigue siendo el interés de los acreedores, concretado en la restitución de la cosa a la masa de la quiebra. Desde este punto de mira, donde mejor encaja el supuesto es en el ámbito de la ineficacia de los actos jurídicos, eje de la restitución, y no en el ámbito de la responsabilidad construida sobre la indemnización de daños. Pero en una ineficacia de protección de los acreedores dotada de una flexibilidad en su alcance y consecuencias que no posee la invalidez negocial; y, al mismo tiempo, concebida desde un planteamiento objetivo que pone ciertas distancias con la caracterización tradicional de la acción pauliana.

Por las razones expuestas y, sobre todo, para evitar una asimilación inconsciente entre fraude-ilicitud-nulidad que ha distorsionado la regulación de los efectos de la ineficacia, incluso en aquellos supuestos donde el fraude ya no es presupuesto de la misma, hemos preferido partir de un planteamiento objetivo; o mejor dicho, de un concepto amplio de ineficacia de protección donde tengan cabida los supuestos objetivos y los fraudulentos, que en su esencia son también actos impugnables en interés de los acreedores.

Nuestro objetivo en este trabajo será concretar todos estos aspectos sucintamente esbozados por ahora. Empezaré analizando los mecanismos de ineficacia que nos suministra el Derecho vigente y sus aplicaciones en la práctica jurisprudencial. Observaremos importantes disfunciones en el sistema concursal e, incluso, atropellos a la seguridad del tráfico jurídico en sus manifestaciones registrales (fe pública registral). Con malabarismos y ficciones jurídicas, lo válido se hace inválido y se aplica la categoría de la nulidad absoluta (invalidez negocial) para impugnar los actos (válidos) del quebrado. Partiendo de los dogmas tradicionales, la nulidad se hace valer frente a todos, incluso frente a terceros de buena fe protegidos registralmente. Pero no siempre la nulidad se interpreta con el mismo rigor dogmático. La práctica jurisprudencial concibe una «extraña» nulidad que opera sobre la base de la impugnación de los síndicos de la quiebra, y no *ipso iure* como correspondería en buena lógica conceptual. Se peca, pues, o por exceso o por defecto.

Estos ejemplos muestran por sí mismos que las cosas no andan bien en la materia. Los intereses concursales necesitan respuestas propias, y no soluciones pensadas para las irregularidades negociales. La fuerza conceptual de la «nulidad» ha desmerecido a otras formas de ineficacia diferenciadas legalmente de la invalidez que con pequeños retoques funcionales —que no conceptuales— se adaptan perfectamente a los imperativos del sistema concursal. No se trata, por tanto, de inventar categorías de ineficacia ni de importar soluciones de otros derechos concursales extranjeros. Basta con activar el potencial latente de nuestros propios instrumentos jurídicos. En particular, basta con reinterpretar la acción pauliana.

En fin, sirva esta introducción para aproximarnos con más conocimiento de causa al sistema legal de reintegración de la masa de la quiebra.

I. SISTEMA LEGAL

En derecho concursal español existen dos mecanismos destinados a realizar la reintegración de la masa de la quiebra: la retroacción prevista en el artículo 878.2 del Código de Comercio y una serie de acciones de impugnación, reguladas en los artículos 879 a 882 del mismo Código, próximas en su configuración a la acción pauliana, aunque con matices objetivos instrumentados a través de presunciones.

En la práctica, no obstante, se produce una desigualdad de trato entre estos dos sistemas de reintegración. La caracterización legal y jurisprudencial de la retroacción como una ineficacia de amplio alcance ha motivado el desuso de las otras acciones legalmente previstas.

1. LA RETROACCIÓN: LA NULIDAD ABSOLUTA Y PLENA DEL ARTÍCULO 878.2 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. DISFUNCIONES

De los términos del artículo 878 del Código Civil se deduce que la ineficacia prevista en el mismo responde a una nulidad en regla: «*radical y absoluta*». Esta es la interpretación del precepto mantenida por un importante sector de la doctrina (2) y por la Jurisprudencia, casi sin excepciones (3). La ratio de la predicada nulidad es la retroacción de los efectos de la declaración formal de quiebra a un momento anterior judicialmente fijado —período de retroacción—, en el que se entiende que el deudor era ya insolvente. Se trata, por tanto, de hacer coincidir las consecuencias de la quiebra de hecho con las de la quiebra judicial (4). Siguiendo esta línea de pensamiento «retroactivo», el fundamento de la nulidad se sitúa en una pretendida incapacidad latente del deudor próximo a la quiebra formal que le impide —incluso antes de la declaración judicial de quiebra— realizar actos de disposición, administración o gravamen sobre su patrimonio. O dicho en los términos que emplea normalmente la jurisprudencia, la incapacidad del quebrado opera retroactivamente hasta alcanzar el período de retroacción (5).

(2) Vid. BORRELL, «Efectos de la fianza relacionados con la retroacción de la quiebra», en *RDP*, 1947, pág. 273 y sigs.; JARDI, «La nulidad de los actos y contratos del quebrado por retroacción de los efectos de la declaración de quiebra», en *RDP*, 1940, pág. 173 y sigs.; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, a cargo de F. SÁNCHEZ CALERO, Madrid, 1983, pág. 463 y sigs.

(3) Sobre la caracterización jurisprudencial de la retroacción como nulidad absoluta, intrínseca y radical, cabe consultar la selección de sentencias de DELGADO ECHEVERRÍA, *Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción...*, cit., pág. 2490 y sigs.

(4) Vid. SSTs de 17 de marzo de 1988 (A.R. 2210) y 28 de enero de 1985 (A.R. 203).

(5) En general, sobre la incapacidad como fundamento de la nulidad del artículo 878.2 y su alcance doctrinal y jurisprudencial, vid., MASSAGUER FUENTES, *La reintegra-*

Este planteamiento empieza ya con mal pie, forzando los argumentos. Porque realmente el deudor no es incapaz para administrar ni disponer de su patrimonio antes de la declaración formal de quiebra. El acto, en el momento que se realiza, es válido y eficaz (6). Ni siquiera después de la declaración judicial de quiebra es propiamente incapaz; simplemente tiene limitado el poder de administración y disposición de sus bienes en interés de sus acreedores (7).

La pretendida incapacidad es, pues, una ficción interesada y, además, equivocada en su encasillamiento conceptual. Según la inercia del sistema, tendría mejor encaje en la categoría de la anulabilidad, y no en la nulidad predicada. Puestos a sacar comodines, quizá hubiera sido más apropiado recurrir a ficciones de orden público, más fáciles de reconducir a la nulidad. Pero seguiría siendo un planteamiento forzado porque tampoco el orden público tiene nada que decir; nada justifica el inmovilismo patrimonial del empresario próximo a la quiebra o ya de hecho quebrado. Justamente en estos momentos de necesidad es lógico que utilice el crédito que le queda, enajene algunos bienes para reinvertirlos o para obtener dinero con el que satisfacer determinados pagos que le abrirán las puertas a nuevos créditos... Y quizá con estas actuaciones todos salgan beneficiados, no sólo el quebrado que puede sanear la situación empresarial, sino, incluso, los propios acreedores que acaso consigan cobrar antes y por completo. En los momentos anteriores a la quiebra judicial, lo único que se le puede pedir al empresario es cierto cuidado o diligencia en la realización de actos de disposición o administración. Pero esta cuestión incide sobre la calificación de la quiebra, y no sobre el inmovilismo patrimonial, que sólo tiene cabida judicial o legal, y en este caso, sin efectos retroactivos, sobre todo, por razones de seguridad del tráfico jurídico (8). Ello, no obstante, la «proximidad a la quiebra» no debe despreciarse como uno de los criterios de ineficacia. En el sentido, por ejemplo, de facilitar a los acreedores la impugnación de actos «próximos a la quiebra» a través de

ción de la masa..., cit., pág. 42 y sigs.; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 82 y sigs.

(6) Se pronuncia en la misma línea de pensamiento GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ («Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Madrid, 1996, pág. 3555): «aparece como desconcertante que —por mor de la previsión legal— se declare la nulidad de un acto que era válido, en virtud del advenimiento de un suceso —la declaración de quiebra— que es posterior a aquél». En un sentido parecido, vid. SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 231.

(7) En este sentido, SOTILLO NAVARRO, «La retroacción. Problemas que presenta», en *RDM*, núm. 52, julio-agosto, 1954, pág. 105; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 84.

(8) SANCHO GARGALLO (*La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 231) califica como ficción legal la pretendida «retroacción» de los efectos de la prohibición legal de disponer y administrar prevista en el artículo 878.1 del Código de Comercio.

presunciones de fraude. O desde planteamientos más objetivos, porque «lo próximo» a la quiebra todavía no está tan arraigado en el patrimonio de la contraparte del deudor como «lo lejano»; cuestión de inercia jurídica. En fin, la proximidad también puede concretar la relación causal entre la insolvencia y el acto, ya que lo próximo en el tiempo a la quiebra judicial es insolvencia de hecho y, por tanto, el acto de disminución patrimonial se valora como «directamente» perjudicial para la masa de acreedores. Pero estos son ya usos distintos de la «proximidad», que no significan ni incapacidad ni invalidez.

La propia jurisprudencia, dejando a un lado las ficciones sobre incapacidades, tiende a fundamentar la pretendida «nulidad» sobre la idea de perjuicio (9).

Si la nulidad del artículo 878.2 del Código de Comercio significase sólo un error en la calificación conceptual, «cosa de terminología», no habría que preocuparse demasiado. No obstante, detrás de la equivocación conceptual se suceden las sinrazones funcionales en la práctica. Incluso, en el propio terreno de los conceptos, se han producido desviaciones de los dogmas clásicos que han enturbiado la categoría de la nulidad negocial. En fin, las consecuencias de la retroacción no podrían ser peores: por un lado, disfunciones en el sistema de reintegración y por otro, confusión conceptual en materia de nulidad. Aunque con un comienzo de la retroacción tan forzado y ficticio tampoco cabría esperar otros resultados.

Concretemos, pues, las cuestiones problemáticas. Empezando por una de la más sobresalientes: la jurisprudencia en materia de retroacción hace valer la nulidad «frente a todos», hasta construir un sistema de ineficacia difícilmente sostenible con arreglo a los principios estructurales de nuestro ordenamiento patrimonial. Como ya he justificado, mediante ficciones instrumentadas en incapacidades o prohibiciones legales retroactivas, lo válido se hace inválido y se tiene por nulo. Y a partir de aquí, se sigue la lógica de la nulidad y la retroacción se extiende y afecta a los actos del deudor perjudiciales para los intereses concursales; todos sin «distinción de título» —oneroso o gratuito— se tienen por nulos. La nulidad no considera ni siquiera la especial condición del tercer adquirente a título oneroso y de buena fe.

Este planteamiento significa una buena dosis de inseguridad en el tráfico jurídico (10). En general, en materia de reintegración de la masa de la quie-

(9) En esta línea jurisprudencial, SSTs de 23 de febrero de 1990 (A.C. 90-2, 519), 12 de marzo de 1993 (A.C. 708, 93-3), 20 de septiembre de 1993 (A.C. 67, 94-1), 20 de junio de 1996 (A.C. 743 96-6).

(10) Sobre la nulidad en materia de retroacción se han realizado importantes estudios doctrinales que de forma autorizada analizan el alcance «absoluto» de la misma y, a la vez, resaltan las disfunciones que se derivan de este planteamiento en la seguridad general del tráfico jurídico y, en particular, en la «seguridad registral». Pueden citarse: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *Introducción al sistema de reintegración...*, cit., pág. 37; MASSAGUER

bra, hay que poner especial cuidado en ponderar los intereses en juego. Se necesita una «razón de peso» para justificar que un tercero termine asumiendo las consecuencias de la insolvencia del deudor en interés de los acreedores. Puesto en un platillo, el perjuicio que la insolvencia significa para los acreedores, y, en el otro, el enriquecimiento de un tercero a través de un acto lucrativo del deudor, la balanza se inclina, por «razones de peso», a favor de los primeros. Entonces la restitución del bien a la masa concursal es cuestión de justicia, o como normalmente se dice, de equidad. Pero si ahora como contrapeso del interés de los acreedores se coloca el sacrificio de un tercero derivado de la onerosidad del acto, la balanza por sí misma no se inclina ni en un sentido ni en otro: para vestir a un santo (interés de los acreedores), habría que desvestir a otro (adquirente a título oneroso y buena fe). Entonces hay que recurrir a los criterios del sistema patrimonial que, por mor a la seguridad del tráfico jurídico, establecen una ratio de protección generalizada hacia el adquirente a título oneroso y de buena fe. Y esto es lo que hace que las tornas se vuelvan a su favor, o, mejor dicho, debieran tornarse, sin que se comprenda la excepción de trato que recibe el adquirente en materia de retroacción.

Desde esta ratio de seguridad del tráfico jurídico que impregna todo nuestro ordenamiento, se ha intentado salvaguardar de la retroacción a los adquirentes de buena fe y a título oneroso mediante razonamientos registrales. En concreto se ha buscado la protección del artículo 34 de la LH, considerándolo tercero a los efectos de la fe pública registral. El razonamiento, aunque bien-intencionado, confunde los argumentos (11). Porque desde las estrictas coor-

FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales...*, cit., pág. 80 y sigs.; JUSTE IRIBARREN, «Notas sobre la retroacción de la quiebra», en *AC*, 1987, pág. 1130; DELGADO ECHEVERRÍA, *Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción...*, cit., pág. 2489; SASTRE PAPIOL, «Aspectos concursales y seguridad del crédito territorial (la retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», en *RGD*, 1993, pág. 8691; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Madrid, 1996, pág. 3553; GARCÍA-GARCÍA, «La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra (crítica a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991)», en *RCDI*, 1992-I, pág. 1359; BILBAO ARISTEGUI, «Actuación de los principios registrales en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra», en *RCDI*, 1972-II, pág. 1299; HUERTA VIESCA Y RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, «La retroacción de la quiebra: Estados doctrinal y jurisprudencial actuales y perspectivas de evolución futura de la interpretación de la legislación vigente», en *ADC*, 1995-II, pág. 1529; ABRIL CAMPOY, *Adquirentes, subadquirentes y retroacción de la quiebra*, Valencia, 1996; BERMEJO GUTIÉRREZ, «Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (notas sobre un falso problema)», en *RCDI*, pág. 1407; MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo...*, Pamplona, 1995; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 99.

(11) Y en esto tiene la razón BERMEJO GUTIÉRREZ, *Normas de protección de los terceros y retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 1419 y sigs.

denadas de la nulidad del artículo 878.2.º, el sitio de los adquirentes directos del quebrado está en el artículo 34. Así lo entiende con buena lógica la Jurisprudencia. En verdad, si se acepta el punto de partida de la nulidad, su derivado registral es el artículo 33: la inscripción no convalida lo nulo. El artículo 34 no protege al adquirente directo del quebrado porque está pensado para nulidades «ajenas» y no «propias» (12). Por el contrario, la protección del artículo 34 sí alcanza al subadquirente, ajeno a la nulidad del acto del quebrado; o si se prefiere, «tercero» respecto a la nulidad. No obstante ello, en la práctica jurisprudencial, se desconoce con frecuencia esta protección privilegiada del tercer subadquirente en materia de retroacción. Y esto constituye ya no sólo una sinrazón de la seguridad del tráfico, sino algo mucho más inconcebible: una quiebra de la fe pública registral (13).

En cualquier caso, a mi entender, el planteamiento debe ser cuestionado por los cimientos y no desde las alturas registrales. Reconozcamos las realidades por su nombre. Porque se diga lo que se diga, se disimule como se disimule, lo cierto es que el acto *ab initio* es válido y eficaz; nada cuestiona esta realidad, salvo interesadas ficciones retroactivas o, si se prefiere, retroacciones ficticias. El problema del adquirente no es, pues, la adquisición —que es cuando el artículo 34 de forma extraordinaria puede echarle una mano—. El verdadero escollo es la pretendida nulidad retroactiva —sobrevvenida— derivada de la quiebra que, en sus aplicaciones prácticas y por la inercia en el pensar, adquiere un carácter absoluto. Y precisamente por esta

(12) No obstante, forzando de forma bienintencionada el razonamiento, se ha mantenido que el adquirente del quebrado es «tercero» del artículo 34 de la LH. En este sentido, se defiende su ajeneidad a la declaración de quiebra y a los intereses de los acreedores y, por consiguiente, también es ajeno —tercero— respecto de la nulidad derivada de la situación concursal. Vid. BILBAO ARISTEGUI, *Actuación de los principios de legitimación...*, cit., pág. 1307; GARCÍA GARCÍA, *La seguridad jurídica y la retroacción...*, cit., pág. 1368.

(13) Al respecto, puede consultarse la STS de 17 de marzo de 1958 (R.A. 1436) citada por la doctrina como ejemplo particularmente significativo sobre la desprotección del subadquirente en materia de retroacción: vid. MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales...*, cit., pág. 88; OLIVENCIA RUIZ, *Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebras*, Madrid, 1963, págs. 91 y 94; MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra...*, cit., pág. 187; BILBAO ARISTEGUI, *Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral...*, cit., pág. 1310 y sigs. Sin embargo, BERMEO GUTIÉRREZ (*Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 1411 y sigs.) relativiza bastante la crítica doctrinal y entiende que, en general, la Jurisprudencia ha sido respetuosa con los principios registrales. Desde una perspectiva más conciliadora de los artículos 878 del Código de Comercio y 34 de la LH advierte que el análisis cuidadoso de las sentencias en la materia denota la frecuente intervención fraudulenta del subadquirente en la quiebra. Y en estas condiciones, no es un tercero del 34 de la LH. Particularmente en el caso de la STS de 17 de marzo de 1958, considera que, en realidad, era «adquirente», no subadquirente, por lo cual tampoco le alcanza la protección de la fe pública registral.

inercia conceptual se ven sorprendidos los adquirentes. Y no se piense que el artículo 34 protege de este riesgo sobrevenido. La fe pública registral es un mecanismo extraordinario de protección del tercero en su adquisición, pero no una panacea. El artículo 34 lo hace propietario sobre la base de la apariencia registral. Pero lo que ocurra a partir de aquí, corre de su cuenta.

Según los planteamientos actuales en materia de retroacción, la nulidad sobrevenida es un riesgo que han de asumir los adquirentes del deudor. Y aquí el artículo 34 de la LH tiene poco que decir. Porque el problema en la retroacción de la quiebra no es la seguridad en la adquisición —la protección de la fe pública registral— sino la conservación de lo adquirido de forma válida y eficaz. En ello tampoco tiene mucho que decir el principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito (14), pensado igualmente para proteger la adquisición —su integridad—, no para conservar lo adquirido «debidamente». El escollo está —insistimos— en la nulidad que sobrevenidamente se cierne sobre el adquirente. Se requieren, pues, nuevos planteamientos respetuosos en general con la «seguridad» —con la estabilidad— de los actos válidos y eficaces a título oneroso. Y no bastan los juegos registrales bienintencionados porque, según la lógica del sistema, sólo ponen a salvo de la nulidad a los subadquirentes. En definitiva, no se trata de salvar los efectos devastadores e indiscriminados de la nulidad «estirando» los argumentos registrales. Se predica la construcción de la retroacción sobre otra forma de ineficacia más considerada con los actos onerosos.

En contra de la ratio generalizada de protección de los terceros a título oneroso y de buena fe se podría esgrimir el siguiente argumento: en la pura dinámica registral, el tercero protegido lo está contra otras personas (*verus dominus*) que tuvieron a su alcance la posibilidad de evitar el trato de favor (simplemente inscribiendo su derecho, anotándolo preventivamente...). En el caso de los actos realizados durante el período de retroacción ni uno (acreedores) ni otro (tercero de buena fe) pudieron evitar el perjuicio. En estas circunstancias, el legislador es libre de decidir si protege la seguridad de los créditos o la seguridad de las adquisiciones.

No obstante ello, el argumento no es definitivo. Todavía encuentro razones en favor del tercero. Al fin y al cabo, es totalmente ajeno a la insolvencia del deudor mientras que los acreedores están desde el principio implicados en la misma. El déficit de la garantía patrimonial es un riesgo asumido por todo acreedor. Y en la propia dinámica obligacional existen recursos contra la insolvencia: sistema de garantías del derecho crédito, acción subrogatoria, acción rescisoria contra otros adquirentes menos protegidos que el tercero a

(14) GORDILLO CAÑAS («El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral», en *ADC*, abril-mayo, 1998, pág. 595) recurre como fundamento de la protección del adquirente del quebrado a este principio registral.

título oneroso y de buena fe... El tercero, en cambio, no tiene recursos: en todos los sentidos es ajeno a la insolvencia. Se sigue predicando, pues, un criterio de política legislativa considerado con ellos.

Abordemos otras disfunciones de la retroacción. Esta vez conceptuales. La doctrina ha denotado desgarras de la misma nulidad como categoría. Lo que es todo rigor en el alcance «absoluto» de la nulidad, se relaja bastante en otros aspectos, buscando, ahora sí, la readaptación de la categoría conceptual a las exigencias concursales. Veamos, pues, dónde y cómo se produce la readaptación.

La primera desviación de los dogmas clásicos refleja la aplicación de la idea motriz de la retroacción: el interés de los acreedores. Aunque formalmente la nulidad se predica «plena», «automática, *ipso iure*»; de hecho, se construye «judicialmente» y «a instancia de» los síndicos de la quiebra, en los que se concreta la legitimación concursal. El planteamiento inicial que miméticamente se repite en las sentencias es de lo más ortodoxo: la nulidad no necesita ser declarada judicialmente y, además, opera *ipso iure* (15). En consecuencia, los síndicos pueden disponer de la cosa vendida como si no hubiese mediado la venta, ocupándola a los efectos correspondientes. No obstante ello, a la hora de la verdad, se recurre a una excusa de relleno para fijar la nulidad pretendida sobre bases judiciales. Con sutileza se argumenta que, a pesar de la incuestionable nulidad intrínseca —automática— de los actos de administración y disposición comprendidos en el período de retroacción, la declaración judicial es necesaria cuando alguien se resista a las consecuencias de la misma (16). Esto, desde luego, es obvio. Pero no se confundan los razonamientos. Una cosa es la necesidad o no de la acción judicial; esto es, que la fijación de la nulidad dependa o no de la valoración judicial; y otra cosa distinta la intervención judicial cuando alguien se oponga a las consecuencias restitutorias de la nulidad. Lo segundo significa «poner orden»; hacer que se cumplan las consecuencias de la nulidad. Lo primero, en cambio, se refiere a la fijación judicial de la nulidad: si hay o no causa de nulidad. Quizá lo que se pretenda con sutileza en materia de retroacción sea la valoración judicial de la nulidad. De todas maneras, una caracterización de este tipo se puede aceptar conceptualmente (17). Lo que ya no cabe es construir

(15) De lo más significativo, la declaración de principios de la STS de 10 de noviembre de 1983 (R.A. 1983); se dice que la nulidad además de operar *ipse legis potestate et auctoritate*, no precisa declaración judicial.

(16) Vid. SSTs de 15 de noviembre de 1991, A.C. 92-I, ref. 288 y 28 de octubre de 1996, A.C. 97-I, ref. 133.

(17) En este sentido, PASQUAU LIAÑO (*Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, pág. 200) acepta la siguiente distinción: «La que enfrenta las nulidades *ope legis*, que no requieren un pronunciamiento judicial para que el contrato pueda ser considerado por todos como nulo —sin perjuicio, desde luego, de que las contiendas suscitadas en

una extraña categoría en la que lo válido deviene nulo a instancia de los síndicos de la quiebra; se podría decir que ellos «constituyen» la nulidad, o que la nulidad se deja en sus manos. Este planteamiento no se manifiesta a las claras en la Jurisprudencia, pero sí puede notarse cierta tendencia a relacionar la ineficacia con la impugnación de los síndicos. Porque realmente mientras tanto el acto es válido y eficaz. Este planteamiento refleja, desde luego, el espíritu de la retroacción: el interés de los acreedores. Pero se aleja de la nulidad como categoría impuesta *ipso iure* por el ordenamiento. Lo nulo es nulo sin más; no porque así lo quieran los interesados. Furtivamente se están traspasando los límites conceptuales de la nulidad. Esto ya, como dice DELGADO ECHEVERRÍA, es una «ineficacia especial» (18).

Existen otras peculiaridades de la nulidad en la retroacción. Sin embargo, para terminar el muestreo, voy a centrarme en una cuestión que entiendo capital; los efectos de la nulidad.

Empecemos por el proceder ortodoxo. Si se aplica el alcance restitutorio previsto en el artículo 1.303, la «retroacción del acto» se traduce en la restitución de la cosa con sus frutos. Pero no se debería perder de vista las circunstancias especiales que rodean la retroacción, y que cuestionan la procedencia de la restitución de los frutos. Aquí la «nulidad» incide sobre actos válidos y eficaces; esto es, el deudor ha dispuesto según las reglas del juego, y por tanto, el bien entra «debidamente» en el patrimonio del adquirente. Y aún así, a pesar de que tiene la cosa conforme a Derecho, se le dice que la devuelva y, además, con sus frutos. Este régimen es contrario a la regla en materia de restitución. Los frutos no se exigen en la liquidación de la posesión «indebida». Tampoco en el cobro de lo indebido. Y en la retroacción —de nuevo por una inercia en el proceder— se están exigiendo nada menos que a un adquirente conforme a Derecho. Si nos situamos en los parámetros de los artículos 451 y siguientes del Código Civil, sólo el adquirente de mala fe debería restituir los frutos (los percibidos y los que se hubiesen podido percibir); y lo mismo si nos trasladamos al artículo 1.896.

Se nos puede argumentar en contra que el artículo 1.295 también establece la restitución de los frutos en la acción pauliana, próxima a la retroacción en su ratio protectora de los acreedores y operante también sobre actos válidos y eficaces. No obstante, lo dispuesto en el artículo 1.295 puede ser cues-

relación a su eficacia hayan de ser resueltas en sede judicial—, y las nulidades *ope iudicis* cuya apreciación, tal cual han sido concebidas por el legislador, requiere inexcusablemente una decisión judicial de carácter valorativo, de tal modo que la nulidad no fuera efecto de una pura o simple operación de subsunción de los hechos en la norma de nulidad, sino que comporta una decisión propiamente jurisdiccional, no predecible de antemano aunque se conocieran sin margen de duda todos los hechos concurrentes».

(18) DELGADO ECHEVERRÍA, *La nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 2498.

tionado. Ya desde GARCÍA GOYENA la doctrina ha dudado del encaje estricto del artículo 1.295 (1.172 del Proyecto de 1851) en la rescisión de los actos fraudulentos (19). Más bien se piensa estructurado para la rescisión por lesión. Entonces, se trata de organizar la ineficacia en interés de una de las partes contratantes. Todo queda *inter partes*. Pero la liquidación pauliana es por razones ajenas al negocio y por intereses ajenos (del acreedor). Hay que poner, por tanto, especial cuidado en buscar un punto de equilibrio que valore también el interés del adquirente, que se sacrifica, insistimos, por algo extraño. Desde esta perspectiva, es moderado restituir la cosa; y más desproporcionado, la cosa con sus frutos.

En esta línea de razonamiento, a mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que el régimen de restitución previsto en los artículos 1.303 y 1.295 está pensado para la restitución recíproca, característica de los contratos sinalagmáticos. En ellos, parece coherente que el sinalagma estructural se reproduzca en la liquidación negocial: restitución recíproca de las cosas con sus frutos y del precio con los intereses. Pero este planteamiento no tiene encaje, por ejemplo, en las donaciones, precisamente una de las figuras estelares en materia de retroacción.

Tampoco la solución del artículo 1.307 —pensado también para obligaciones sinalagmáticas— encaja bien en las donaciones. A todas luces se aprecia desproporcionado imputar al donatario de buena fe la pérdida fortuita de la cosa en interés de los acreedores. Porque no es lo mismo restituir lo que se recibió que asumir la pérdida de la cosa en el patrimonio, y, además, devolver su valor.

Por último señalaré otro aspecto de la nulidad: la restitución recíproca de prestaciones, que en materia de retroacción se aplica con cierta especialidad; o mejor dicho, no se aplica. Quien contrató con el quebrado ha de reintegrar a la masa cuanto recibió, pero no puede exigir «recíprocamente» la restitución de lo dado por él. Sólo tiene un crédito como acreedor concursal; en pocas palabras, tiene que hacer cola con los demás para esperar turno (20). Se excluye, por tanto, una de las consecuencias características del artículo 1.303 en relación con el 1.308. Este proceder de la jurisprudencia puede cuestionarse con el siguiente argumento: el tercero obligado a la restitución en virtud de la ineficacia «enriquece» a la masa concursal. La equidad en el trato

(19) Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos, y comentarios del Código Civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, pág. 627.

(20) Personalmente no he analizado exhaustivamente la Jurisprudencia en este punto. Pero, a juicio de DELGADO ECHEVERRÍA, es doctrina consolidada que quien contrató con el quebrado ha de reintegrar a la masa cuanto recibió, pero no puede exigir simultáneamente la restitución de lo dado por él. DELGADO ECHEVERRÍA, *Nulidad de los actos del quebrado...*, cit., pág. 2496.

recíproco exige que, a cambio de aquello, la masa restituya al tercero lo que dio; siempre y cuando, claro está, se trate de un tercero de buena fe. Esto evita el «enriquecimiento injusto» de la masa (21) o, si se prefiere, el «empobrecimiento injusto» del tercero.

En fin, aquí dejo la caracterización legal y jurisprudencial de la nulidad en la retroacción. Como mínimo se puede decir que es una nulidad bastante especial; distinta de la nulidad-invalidéz. Y ni siquiera con tanta especialidad es una categoría que «funcione» en materia de reintegración de la masa de la quiebra. Muchas cuestiones se han quedado en el aire; simplemente se han esbozado, sin entrar en mayores puntualizaciones. Volveremos sobre ellas en su momento. Por ahora sólo he pretendido zarandear un poco los esquemas tradicionales de la retroacción para reconstruir después la reintegración de la masa de la quiebra sobre bases más reales.

Pero antes de emprender nuevos caminos, veamos si nuestro ordenamiento nos proporciona algunos senderos que acorten la andanza.

2. OTROS CAUCES LEGALES

2.1. *La anulabilidad*

Volvamos sobre algunos de los desgarros conceptuales de la nulidad en materia de retroacción. En concreto, fijemos nuestra atención en el espectacular cambio que supone el paso de la nulidad *ipso iure* a una ineficacia puesta a disposición de los síndicos de la quiebra. Se podría decir que ellos provocan la nulidad en interés de los acreedores; esto es, que la nulidad se deja en sus manos. No es que «*lo nulo sea nulo*». Más bien deviene nulo a instancia de los síndicos. Esto también ocurre en la disciplina de la anulabilidad, en la cual existe una persona designada por la ley que decide sobre la anulación del acto o negocio. Por ello no es extraño que la ineficacia de los actos del quebrado prevista en el artículo 878.2 del Código de Comercio se haya querido reconducir de la nulidad absoluta y plena a la anulabilidad (22).

Realmente la coincidencia existe (23). La anulabilidad y la ineficacia en interés de los acreedores no actúan automáticamente; es decir, no es que el

(21) En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 2496.

(22) En esta línea de pensamiento, la doctrina predica la anulabilidad como mejor solución frente a la nulidad absoluta y plena. Pero los planteamientos doctrinales no se detienen aquí. Finalmente se aboga por la caracterización de una ineficacia «especial» en materia de reintegración de la masa de la quiebra. Vid. MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra...*, cit., pág. 138 y sigs.; BELTRÁN SÁNCHEZ, «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, pág. 3498.

(23) Vid. ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996, pág. 32.

ordenamiento determine la ineficacia, sino que la misma es una facultad o derecho potestativo de impugnación puesta en manos de determinadas personas. Pero este rasgo común no debe enturbiar los planteamientos conceptuales: mientras la anulabilidad es una ineficacia estructural que afecta al negocio, la ineficacia característica de la reintegración de la masa de la quiebra es funcional o de protección. Actúa sobre actos o negocios estructuralmente bien formados y de los que no cabe predicar, al tiempo de su celebración, irregularidad alguna. El punto de partida conceptual es, pues, bien distinto (24). Esto hace dudar del encaje de esta ineficacia de protección en la categoría de la anulabilidad. Por razones parecidas dudamos también del acierto legal en caracterizar como anulabilidad la ineficacia de actos cuya irregularidad no es otra que la falta de poder de disposición. La anulabilidad del artículo 1.322.1.º del Código Civil no es propiamente tal, sino meramente ineficacia. El alcance de esta matización de los planteamientos legales se comprende y explica si se llega a distinguir entre los elementos constitutivos del negocio y los meros presupuestos para su eficacia.

Desde otra perspectiva, se utiliza la idea de «incapacidad» del quebrado para buscar encaje conceptual en el ámbito de la anulabilidad. No obstante, ya hemos rechazado este planteamiento que, en realidad, no constituye más que una ficción forzada sobre incapacidades que funcionan retroactivamente.

Además, ninguno de los problemas funcionales que provoca la nulidad en materia de retroacción se salvarían reconduciendo los planteamientos a la anulabilidad. En definitiva, una vez que se anula el acto, los efectos y alcance de la ineficacia serían los mismos que los de la nulidad (art. 1.303 y siguientes del Código Civil). Por aquí terminamos donde empezamos.

Todo ello nos lleva a reconducir la ineficacia en interés de los acreedores hacia otros derroteros distintos de la invalidez.

2.2. *La llamada acción pauliana y sus derivados concursales: artículos 879 y siguientes del Código de Comercio*

El siguiente paso en nuestro recorrido hacia una caracterización del sistema de reintegración de la masa de la quiebra es necesariamente la acción pauliana prevista en los artículos 1.111 y 1.291.3.º del Código Civil. Veamos lo que significa: su fundamento, presupuestos y alcance. Y, sobre esta base conceptual y funcional, precisemos su relación de parentesco con las acciones de los artículos 879 y siguientes del Código de Comercio.

(24) En el mismo sentido, SANCHEZ GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 236.

En otras palabras, se trata de depurar el significado esencial de la pauliana; y entonces se podrá contar o no con ella como núcleo conceptual de una categoría genérica de ineficacia en interés de los acreedores. Acotemos, pues, sus límites conceptuales y verifiquemos si en ellos tienen cabida acciones concursales en interés del conjunto de acreedores. En concreto, las del Código de Comercio. Y en general, otras «posibles» acciones de reintegración de la masa concursal que ya están en la mente del legislador (25).

Analizaré, en primer lugar, los presupuestos tradicionales de la acción pauliana: perjuicio y fraude. Se podrá comprobar una tendencia progresiva hacia la objetivación, hasta el punto de sustentar la pauliana en el perjuicio al acreedor. Y en este sentido podemos calificarla como una ineficacia de protección, y no de sanción de comportamientos fraudulentos. Y desde esta misma perspectiva de protección del crédito se perfila también el régimen restitutorio sobre bases características, y no en las propias de la invalidez negocial.

2.2.1. Fundamento de la acción pauliana: del fraude al perjuicio

a) El fraude

La caracterización de la acción pauliana está tradicionalmente unida a la idea de fraude. El artículo 1.291.3.º del Código Civil habla de rescisión de los contratos «*celebrados en fraude de acreedores*». Y los artículos 1.297 y 1.298 vuelven a reiterar los mismos planteamientos fraudulentos. Abordemos, pues, el significado concreto de fraude, desde la doble perspectiva del deudor y su contraparte en el acto perjudicial para el acreedor.

Por lo que respecta al deudor, la jurisprudencia adopta planteamientos «netamente» subjetivos, exigiendo «intención de perjudicar», «propósito de defraudar», «obrar a sabiendas o mala fe o designio fraudulento». Estamos, pues, en territorios extremos, rozando el «dolo malo» (26). Aunque también se conocen posturas jurisprudenciales intermedias que, acordes con las tendencias doctrinales más objetivas, interpretan el fraude como simple conocimiento del perjuicio sin la concurrencia de malicia (27).

(25) Se conocen ya varios anteproyectos de reforma de la materia y, en particular, la última aportación es la propuesta de anteproyecto de Ley concursal redactada por el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, año L, suplemento al número 1768, de 15 de febrero de 1996. La tendencia legislativa camina hacia la unificación del concurso civil y mercantil y, al mismo tiempo, se predica la unificación de la normativa sustantiva y procesal.

(26) Sobre la jurisprudencia en la materia, puede consultarse, ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores...*, cit., pág. 64 y sigs.

(27) En esta línea jurisprudencial se sitúa la sentencia de 23 de octubre de 1990: «no es necesario acreditar un *animus nocendi*, siendo suficiente que el deudor sepa o se

La tendencia jurisprudencial hacia la objetivación está decisivamente influida por las aportaciones doctrinales en la materia. Se ha defendido en esta línea de pensamiento que el deudor actúa fraudulentamente si se percata de que es insolvente o devendrá en tal situación si realiza un determinado acto y, aun a sabiendas del perjuicio que ocasiona, lo lleva a cabo. Igualmente se estima que si el deudor conoce la relación causal entre el acto y el perjuicio, actúa también fraudulentamente (28). Todavía se da un paso más y a la consciencia real sobre el perjuicio se equipara la que «debería haber tenido» (29). La objetivación está servida. Ya es fácil estirar el deber de diligencia hasta donde sea necesario; incluso hasta una identificación casi automática entre el perjuicio y la negligente actuación (30).

Otro tanto ocurre con el planteamiento del profesor DE CASTRO. A primera vista defiende un criterio subjetivo moderado. No identifica el fraude con la intención del perjuicio ajeno sino con la del propio beneficio. El propósito del deudor de salvar su patrimonio de «las garras de los acreedores» basta para adjetivar la actuación como fraudulenta. Pero, sentada esta base subjetiva, DE CASTRO incide en la relación causal entre la actuación fraudulenta y el perjuicio pauliano: la disminución intencional del patrimonio está dirigida («ocasiona») la insolvencia (31). De nuevo la objetivación está próxima: se prescinde de la intención dolosa de perjudicar. O mejor dicho, se sustituye por una

percate de que, con el acto realizado, no le quedan bienes bastantes para el pago de sus acreedores, lo que, según se dice, se constató por la propia manifestación del acto de embargo». Para otras referencias jurisprudenciales en la materia, vid. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 376, nota 1136.

(28) TRAVIESAS, «La acción pauliana», en *RGLJ*, 1929, pág. 103.

(29) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, T. II-1, Barcelona, 1994, pág. 221 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana*, Madrid, 1997, pág. 147; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 374; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, T. XVII-2, pág. 132; LOHMANN LUCA DE TENA, *Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana...*, cit., pág. 491.

(30) En este sentido son significativas las palabras de LOHMANN LUCA DE TENA (*Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana...*, cit., pág. 491): «Estos deberes de conocimiento vienen a explicarse como carga de previsión. No se exige, pues, que el deudor tenga en mente la determinación resuelta y de mala fe, decisión de dañar en suma, mediante la ocultación de su patrimonio, escondiéndolo y poniéndolo fuera del alcance del acreedor; no se requiere que el acto se haga *ex profeso* para perjudicar. Inclusive, puede haber procedido de buena fe, no obstante lo cual, el acto es impugnabile, si fuera gratuito, o de ser oneroso, si el adquirente actúa de mala fe (porque conociendo el perjuicio no lo ha impedido, sino que ha colaborado con ello). Acaso no haya intención de dañar, pero se debe saber que tal vez se pueda dañar. Puede faltar un designio nocivo de causar mal, más tampoco hay inocencia; hay una negligente ignorancia de la propia situación patrimonial y sobre los efectos que se pueden causar a terceros. Se parte de que un sujeto, dadas determinadas circunstancias, tenía el deber de conocer la posible lesión al interés del acreedor y ha hecho caso omiso a tal interés jurídicamente tutelado...».

(31) DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 221 y sigs.

actuación en interés del deudor que, finalmente, se concreta en el perjuicio de los acreedores. Entre líneas —entre cuestiones de causalidad— el fraude se traduce en perjuicio.

Estas propuestas doctrinales sólo constituyen, sin embargo, manifestaciones de «objetivación del subjetivismo»: no se prescinde abiertamente de la actitud del deudor frente al perjuicio del acreedor. Simplemente se objetiva. Aunque, de facto —sin que se note mucho— es fácil prescindir de la actitud fraudulenta del deudor: basta con estirar el deber de diligencia o centrar la cuestión en la relación de causalidad entre el acto y el perjuicio.

En esta línea de objetivación moderada del fraude se encuentra el profesor ORDUÑA MORENO. Después de desechar el concepto de fraude intencional, construye la acción pauliana sobre otro elemento subjetivo que identifica con: «una noción de culpabilidad como juicio de reproche de las conductas implicadas en el ilícito fraudulento. En este sentido, el fraude en su acepción de sanción lleva ínsito este juicio de reproche que determina la imputación de las consecuencias derivadas del “daño injustificadamente causado”» (32). Parece deducirse de ello que el deudor comete una infracción ilícita, aunque no se precisa del todo cuál sea el deber o la norma infringida. Quizá sea un deber próximo al de diligente conocimiento del daño ocasionado a los acreedores. De todas maneras, ORDUÑA permanece atado a planteamientos subjetivos.

En general, en la doctrina se aprecia cierta resistencia a prescindir de las valoraciones subjetivas sobre la conducta del deudor; y sólo si existe intención, negligencia, actuación ilícita..., se estima procedente la vía pauliana en protección del acreedor. El perjuicio se relaciona necesariamente con el comportamiento fraudulento del deudor, apreciado con distintos matices subjetivos: mala fe fraudulenta o cognoscitiva.

Al respecto, son bastante significativas las palabras del profesor CRISTÓBAL MONTES: «Que para que un acreedor pueda ocurrir a la acción revocatoria, se requiere que haya sufrido perjuicio patrimonial (eventus damni) por el acto dispositivo del deudor es tan natural como que éste haya actuado fraudulentamente. Perjuicio del acreedor y fraude del deudor se presentan, de esta manera, como las dos piezas imprescindibles del mecanismo pauliano, porque tan absurdo sería que el acreedor impugne, si puede, cobrar cómodamente con cargo a otros bienes, como que el deudor se vea atacado cuando en su actuar dispositivo no haya habido ningún factor subjetivo orientado a dañar a dicho acreedor» (33).

(32) ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores...*, cit., pág. 140.

(33) CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 139.

Frente a esta inercia en el pensar, resulta significativo el planteamiento abiertamente objetivo defendido por la profesora JEREZ DELGADO (34). Yo también, respecto al deudor, soy partidaria de una objetivación a las claras. Este planteamiento se justifica sobre la base de las siguientes consideraciones: el conflicto pauliano es complejo. Están implicados el acreedor, el deudor, y su contraparte en el acto de administración o disposición perjudicial. El interés del acreedor se concreta en la ineficacia del acto perjudicial; y esto se contrapone a dos bandas con el interés en la conservación del acto: del deudor y de la contraparte. Los dos están interesados en lo mismo y sin embargo, creo que hay que mirarlos con distintos ojos, porque, en definitiva, la implicación de uno y otro en la insolvencia no es de igual rango. La ratio de seguridad del tráfico jurídico —consolidación de lo válido y eficaz— que se justifica para la contraparte, no tiene el mismo alcance para el deudor. La falta de bienes para cobrar es una cuestión de los acreedores: un mal augurio que los ronda; una posibilidad con la que tienen que contar, un «riesgo» que asumen. Pero la insolvencia también es una «cuestión del deudor». No porque haya actuado con malicia, negligencia o infracción de la norma, sino porque, objetivamente, en relación al deudor, tiene más peso el perjuicio de los acreedores que la consolidación del acto de administración o disposición. Bien es verdad que se trata de impugnar un acto válido y eficaz del deudor, pero para compensar su propia insolvencia. El perjuicio es una «razón de peso» para inclinar, sin más consideraciones subjetivas, la balanza a favor de los acreedores. Y esto que a las claras parece tan ajeno a la caracterización tradicional de la acción pauliana es lo que, en definitiva, está latente en los planteamientos doctrinales anteriormente analizados que responden a «criterios subjetivos con vocación objetiva». La objetivación «abiertamente» defendida tiene, además, el respaldo de un sector autorizado de la doctrina (35). Incluso, la historia de la pauliana nos ofrece puntos de referencia objetivos (36).

(34) JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit., págs. 36-40 y 172-174, entre otras.

(35) Esta es la tesis defendida por la profesora JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit.

(36) ORDUÑA MORENO (*La acción rescisoria por fraude de acreedores...*, cit., págs. 134 y 135) observa que la perspectiva objetiva fue una constante en el desenvolvimiento y progreso técnico de la acción rescisoria. Para constatar esta afirmación se refiere al «testimonio paradigmático del *interdictum fraudatorium*, donde el predominio de este enfoque objetivo operaba la sanción del fraude a través de los presupuestos objetivos del interdicto representados por el *eventus damni*, perjuicio causado al acreedor por la insolvencia patrimonial del deudor tras la *venditio bonorum* y la *scientia fraudis*, concretada en el conocimiento que el adquirente (tercero) tenía acerca del estado de insolvencia o de la insuficiencia patrimonial del deudor». La persistencia de este enfoque objetivo del fraude se mantuvo, según ORDUÑA, en las Partidas a través de dos presunciones de fraude *iuris et de iure*. La primera presunción es el supuesto de enajenación a título oneroso de la totalidad de los bienes pertenecientes al deudor, realizada con posterioridad

En definitiva, por lo que respecta al deudor, me inclino por prescindir de todo elemento subjetivo en la caracterización de la acción pauliana. Si se analiza directamente el conflicto deudor-acreedor, la cuestión se objetiva bastante. La insolvencia es un riesgo del acreedor, pero sólo si el deudor no tiene bienes; y justamente a través de la acción pauliana, se corrige el vacío patrimonial. La insolvencia es también un riesgo del deudor que debe soportar la ineficacia de un acto válido en interés de su acreedor. El deudor insolvente sigue siendo «deudor», y, por tanto, todavía «responde» mediante la ineficacia sobrevenida. Y así, objetivamente, está implicado en el perjuicio pauliano.

Otra cosa distinta es que la actitud subjetiva del deudor sirva para concretar y fijar la implicación del adquirente en el perjuicio pauliano. Pero esto es sólo una valoración indirecta que ni siquiera es necesaria siempre.

Los planteamientos varían significativamente frente a la contraparte del deudor —el adquirente del bien—, mucho más ajeno —jurídica y económicamente— al perjuicio del acreedor. Ahora las cosas se complican. La razón de la ineficacia debe trascender al tercero, por lo cual, no se puede fundamentar sólo en la insolvencia del deudor. Hace falta, pues, una justificación técnica, una «razón jurídica», que explique la ineficacia, o mejor dicho, la haga trascender al tercer adquirente. Además, ha de ser una «razón de peso» que consiga vencer la inercia jurídica hacia la consolidación de lo válido y eficaz. Busquemos, pues, este «comodín», particularizando la carta de gracia según la naturaleza del acto perjudicial.

En los actos a título lucrativo —tomemos como referencia la donación— se produce una pugna entre el perjuicio del acreedor y un «enriquecimiento sin costos» —que no sin causa— del donatario. La partida la gana —o debería ganarla— el primero por razones de equidad. En este sentido, se propugna la interpretación objetiva del artículo 1.297 del Código Civil, trasladando la ratio de la ineficacia desde el fraude al perjuicio (37). Volveremos más adelante sobre el significado y alcance de la equidad a estos efectos.

a la condena de pagos de sus deudas motivada por la reclamación judicial del acreedor. La segunda, con igual eficacia *iuris et de iure*, decretaba el fraude en el supuesto de la enajenación de los bienes del deudor a título gratuito. En la misma línea objetiva en la interpretación histórica del fraude, vid. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1974, pág. 136 y sigs.; DE CASTRO (*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 217) también predica la objetivación, pero particularizando el razonamiento en materia de enajenaciones a título gratuito (art. 643 del Código Civil). En cambio, KIPP («Impugnación de los actos *in fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español», en *RDP*, 1924, págs. 4 y 6) mantiene una postura más subjetiva en la interpretación del Derecho romano, vinculando la acción rescisoria a la actuación dañosa intencional del deudor.

(37) En la misma línea objetiva: DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 214 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, II-1.º, Bar-

Respecto a los actos a título oneroso, la ratio de decisión varía significativamente porque el interés del acreedor exige ahora el sacrificio de un interés especialmente protegido por el ordenamiento: el del adquirente a título oneroso y de buena fe. Entonces —por exigencias del principio de seguridad del tráfico jurídico— la batalla la gana —o debería ganarla— el adquirente a título oneroso.

Pero todavía no está todo dicho en torno a los actos onerosos. Se debe profundizar un poco más en el razonamiento y, prescindiendo de formalismos, indagar el verdadero alcance de la onerosidad en algunos supuestos especialmente conflictivos. En un primer momento se puede pensar que si existe onerosidad —reciprocidad causal entre las contraprestaciones o, si se prefiere, intercambio sinalagmático— no se produce perjuicio pauliano: el vacío que deja el bien que sale del patrimonio del deudor se compensa con la contraprestación que entra. La situación del acreedor no se modifica. No obstante, su lógica, este planteamiento desconoce o ignora la ratio económica que subyace en la acción pauliana que persigue, en definitiva, remediar un perjuicio económico: la disminución del «valor» de la garantía patrimonial. Hay que ahondar, pues, en esta línea de pensamiento y, prescindiendo de la onerosidad causal del acto, valorar si se produce una equivalencia material —«económica» o de «valor»— entre las contraprestaciones. En la medida en que se produzca una desproporción significativa entre el valor de lo que sale y entra en el patrimonio del deudor, se produce perjuicio pauliano. Y desde la otra cara de la moneda, —desde la perspectiva del adquirente— existe un enriquecimiento —con causa onerosa, pero a bajos costes— que justifica, al igual que en la donación, la ineficacia del acto en interés del acreedor.

Con el mismo criterio de valoración del perjuicio pauliano, el concepto de insolvencia se relativiza todavía más. Y así también, un intercambio de bienes compensado económicamente puede ser causa u ocasión de la insolvencia si lo que entra en el patrimonio del deudor es un bien de fácil realización u ocultación: por ejemplo, dinero (38). También en este caso, desde una perspectiva realista, el vacío patrimonial se puede relacionar con el intercambio compensado en valor del bien por dinero, que después desaparece.

No obstante, ahora, el perjuicio del acreedor se enfrenta a un sacrificio económico del adquirente, el cual ha desembolsado un valor apropiado a cambio del bien. Las razones de seguridad del tráfico jurídico —o, mejor dicho, la protección de la buena fe en el tráfico— vuelven las tornas hacia la

celona, 1994, pág. 224 y sigs.; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pág. 135; MARÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 380.

(38) Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores...*, cit., pág. 185 y sigs.

consolidación de lo válido-eficaz, y además, oneroso para el bolsillo del adquirente. Se necesita, pues, otra justificación, otro «plus» que explique la ineficacia: la mala fe del adquirente. Con mala fe no se le permite ganar la partida. Gana, pues, el acreedor. Aquí, precisamente, es donde el «fraude» da paso a la ineficacia de lo válido. De todas maneras, se deben precisar los contornos especiales del fraude pauliano en dos sentidos distintos.

En primer lugar, la mala fe del adquirente no se identifica necesariamente con la idea de fraude entendido como confabulación o coautoría con el deudor en la ocultación del dinero. A los efectos de la ineficacia pauliana, basta el conocimiento de la intención fraudulenta del deudor, aunque el adquirente no esté implicado en la operación: ni la organiza ni saca beneficio propio de ella (39). El fraude intencional del deudor se utiliza para concretar o fijar indirectamente la mala fe del adquirente: lo será si conoce las maniobras fraudulentas del deudor en perjuicio de los acreedores. Pero no se trata de que la actitud subjetiva del deudor en relación al perjuicio fundamente la ineficacia pauliana. Desde la perspectiva del deudor, la ineficacia funciona objetivamente. Como ya he dejado dicho, en la confrontación directa entre el interés del acreedor y el interés del deudor siempre gana el primero; o, mejor dicho, debería de ganar. El deudor sigue siendo «responsable» y, por tanto, responde a través de la ineficacia sobrevenida. Primero es pagar y después los propios intereses patrimoniales. Por consiguiente, el punto de inflexión de lo válido y eficaz es la mala fe del adquirente. Lo que ocurre es que la misma se concreta por referencia a la actuación fraudulenta del deudor. El adquirente actúa de mala fe porque —indirectamente— participa con conocimiento de causa en el fraude ajeno. La relación del adquirente con el acto fraudulento es sólo mediata. El negocio de intercambio de cosa por dinero en cuanto materialmente oneroso, no constituye la causa directa de la insolvencia. Sólo allana el camino del deudor, al que ya resulta fácil ocultar el dinero obtenido en perjuicio de sus acreedores. La implicación de adquirente en el perjuicio pauliano es, pues, indirecta (40).

(39) En general la doctrina ha precisado la evolución significativa del concepto de fraude pauliano desde la actuación perjudicial intencionada hasta la mera consciencia del perjuicio; vid. ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., pág. 117 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 153 y sigs.

(40) En el ordenamiento alemán se admite una relación de causalidad mediata o indirecta a los efectos de la ineficacia en protección de los acreedores. Así, INSOLVENZORDNUNG (INSO) de 5 de octubre de 1994, distingue entre actos jurídicos directamente perjudiciales (parágrafo 132) y acto intencionado, indirectamente perjudicial (parágrafo 133, I en relación con el 142). Esta tendencia hacia una concepción amplia de la causalidad en materia de rescisión en interés de los acreedores es defendida por FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 198; LOHMANN LUCA DE TENA, *Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana...*, cit., pág. 489; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 132.

En fin, la actuación del adquirente puede alcanzar distintos grados de implicación en los hechos que determinan el perjuicio pauliano: bien el máximo, la preparación de la insolvencia en confabulación con el deudor; bien el mínimo, el conocimiento de que el propio deudor la busca intencionadamente. En este grado, el fraude se rebaja bastante: no es que la causa del acto de disposición sea ilícita —el acto causalmente predeterminado al perjuicio—; sólo significa actuación con conocimiento de causa. El acto se realiza sabiendo que el deudor persigue el perjuicio del acreedor. Y esto encierra una significativa objetivación del «fraude». Ni existe «confabulación» ni «beneficio» en el mismo. Parece, pues, más apropiado hablar de mala fe, porque propiamente la actuación no es fraudulenta.

Esta relación mediata con el perjuicio pauliano permite reconducir la actuación de la contraparte del deudor al ámbito estricto de la ineficacia. Se podría pensar que el adquirente que actúa con conocimiento de causa del perjuicio ajeno acepta implícitamente el riesgo de la ineficacia. Lo que, a mi entender, resulta ya más forzado es hablar de actuación ilícita o culposa —de responsabilidad— respecto al adquirente, cuando directamente no está implicado en la insolvencia y, además, se encuentra en un contexto socio-económico fundado en la competencia, que permite e incentiva la realización de actividades económicas potencialmente perjudiciales (41). Según este planteamiento se rescinde por razones objetivas —riesgo asumido de la ineficacia— y no por razones subjetivas de imputación de las consecuencias de la conducta ilícita. El que ocasiona ilícitamente la insolvencia es el deudor que oculta fraudulentamente los bienes. En cambio, la actuación del adquirente no está dirigida a provocar la insolvencia: la malversación u ocultación de dinero. Sólo existe una relación de causalidad indirecta, y más objetiva que subjetiva, con el ilícito. Sobre la base de estas consideraciones, cabe la siguiente distinción conceptual: el deudor **responde** del fraude sobre la base y el alcance de la **ilicitud**. El adquirente que actúa con conocimiento de causa **asume** la **ineficacia pauliana** (42). Esta distinción tiene consecuencias importantes a la hora de determinar el régimen de la acción pauliana: el primero responde de los daños ocasionados. El segundo soporta las consecuencias característi-

(41) Sobre la distinción entre el significado de la culpa y la mala fe a estos efectos, vid. GALLOPINI, «Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia de responsabilità extracontrattuale», en *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, pág. 648 y sigs.

(42) Sobre esta distinción y, en general, sobre las divergencias características entre el mecanismo de la reintegración del derecho —de la situación jurídica vulnerada— y el resarcimiento del daño, vid. SCOGNAMIGLIO, «Il risarcimento del danno in forma specifica», in *Studi in onore di Messineo*, I, Milano 1959, pág. 528 y sigs.; MANDRIOLI, «Il risarcimento del danno in forma specifica», en *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pág. 353 y sigs.; CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos»: parte primera, en *ADC*, 1987, T. II, pág. 1155 y sigs.; y parte segunda, *ADC*, 1988, T. I, pág. 5 y sigs.

cas de la ineficacia sobre la cosa o el enriquecimiento subrogado. Entre ambos regímenes —el de responsabilidad y el de ineficacia— se producen puntos de encuentro y, en ocasiones, superposiciones (43). Pero conceptualmente se deben guardar las distancias y, allí donde las haya, respetar las respectivas especialidades (44).

Por otra parte, el objeto de la mala fe se concreta en la lesión de unas meras expectativas de cobro, sin una protección formalizada en el ámbito de la garantía patrimonial. Estamos, pues, a medio camino entre lo extrajurídico —el mero perjuicio económico—, carente de tutela jurídica, y el interés protegido como facultad o derecho —objeto de una tutela formal—. El patrimonio del deudor no está afecto a la deuda. El acreedor no tiene un derecho sobre el mismo. Ni siquiera tiene una facultad de controlar la gestión patrimonial del deudor. Hasta que la insolvencia no se formaliza judicialmente en un procedimiento concursal, no existe —insistimos— afectación patrimonial. El acreedor sólo tiene una expectativa de cobro. Y, sin embargo, ésta se protege por encima de la lógica del sistema —validez y eficacia del acto de disposición— por razones de justicia material. También la relación causal toca tierra: se diluye tanto el formalismo jurídico que el mero conocimiento del perjuicio es suficiente para justificar la ineficacia de lo válido y eficaz. Se puede pensar por ello que la rescisión está más próxima a la equidad —rescisión para reparar un perjuicio— que a la sanción del comportamiento ilícito. La equidad actúa, pues, como válvula de escape del sistema. Se profundiza más allá de lo formalmente lícito y con una ratio de equidad se decide sobre una situación conflictiva. Decía LUTERO que la equidad debe presidir el derecho. Pues yo particularizo este pensamiento: la equidad debe presidir la ineficacia pauliana buscando soluciones ajustadas entre la protección del crédito y la seguridad del tráfico jurídico, que después se convierten en la ratio de lo normado.

(43) La ineficacia pauliana persigue la protección del interés del acreedor; dicha finalidad se concreta en la realización de las expectativas de cobro sobre la cosa arrebatada de la garantía patrimonial del deudor. Existe, pues, una estrecha vinculación entre el régimen de ineficacia y la cosa. Que las expectativas del acreedor se realicen —por economía jurídica— en el patrimonio de la contraparte que es donde se encuentra el bien, no resta fuerza al binomio ineficacia-cosa. Y de la mano de la cosa surgen en cascada las cuestiones de los frutos, de los gastos, de las mejoras, e, incluso, la restitución del valor por pérdida o deterioro de la cosa. Pero obsérvese que todas estas consecuencias se concretan en relación a la cosa o, como dirían los alemanes, en relación a la prestación. En cambio, la pregunta característica del régimen de responsabilidad es mucho más amplia —cualitativa y cuantitativamente— y se refiere al resarcimiento de todos los daños derivados del hecho ilícito.

(44) En el ordenamiento francés se observa cierta tendencia jurisprudencial y doctrinal a diluir la cuestión de la ineficacia en el ámbito de la responsabilidad por ilicitud. Sobre todo, porque la ineficacia del acto se entiende —equivocadamente— como una reparación específica o *in natura* del daño. Vid. GHESTIN, *Traité de Droit civil, Introduction Generale*, T. 1, París, 1983, pág. 690 y sigs.

El conflicto de intereses también adquiere matices peculiares en las situaciones de colisión de créditos cuando se trata de impugnar un «pago debido» pero anticipado (art. 1.292 del Código Civil). En esta situación, lo objetivo —infracción de las reglas de cobro— justifica la ineficacia del pago anticipado, prescindiendo de valoraciones subjetivas del comportamiento del deudor y del propio acreedor beneficiado por dicho pago (45). Entre acreedores entre pares, se deben respetar objetivamente las reglas de cobro (46).

En fin, dejando a un lado valoraciones propias de política legislativa (qué actos se impugnan, con qué alcance y consecuencias...), lo que quiero destacar fundamentalmente en este momento es el cambio de perspectiva en la caracterización de la pauliana: la cuestión se plantea con una filosofía objetiva en términos de conflicto de intereses. El perjuicio del acreedor frente a la eficacia del acto de disposición y administración del deudor, en lo que también está implicada la contraparte. El punto de partida prescinde, pues, de valoraciones subjetivas, fraudulentas. Y se centra en el perjuicio pauliano. Se trata de impugnar actos válidos con fundamento en el perjuicio, y no en el fraude (47). Estamos, en definitiva, ante una ineficacia de protección, y no de

(45) Sobre la ratio objetiva del artículo 1.292 del Código Civil, vid. Díez-PICAZO, «El pago anticipado», en *RDN*, 1959, julio-septiembre, pág. 114; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 387.

(46) JEREZ DELGADO resalta la distinción de trato entre los acreedores por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles y los restantes acreedores (deudas no exigibles, condicionales...) a los efectos del artículo 1.292 del Código Civil. Los primeros estarían especialmente protegidos —pagos inatacables por la vía pauliana—. La distinción de trato se explica por las características de la acción pauliana en la que sólo se enfrentan los intereses de dos acreedores: el del crédito vencido y el del no vencido; y con una ratio, propia del conflicto pauliano —perjuicio del primero frente a beneficio del segundo—, la balanza se inclina a favor del acreedor de deuda vencida y exigible. Vid. JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit., págs. 352-353. Pero el interés del acreedor particular también se puede entender referido a una situación de igualdad de trato. Si el conflicto se plantea entre dos acreedores de deudas vencidas y exigibles, no encuentro razón fundamental para que uno cobre en perjuicio del otro cuando los dos tienen la misma condición. Desde esta perspectiva, la ratio de la impugnación de los actos solutorios debería ser la situación de insolvencia: «no hay para todos» o, en el caso de la rescisión pauliana, «no hay para los dos acreedores» y se deberían actuar, por tanto, las reglas paritarias propias del conflicto entre acreedores. Al menos desde un planteamiento conceptual cabe la impugnación no sólo de los pagos anticipados sino también de los de deudas vencidas y exigibles realizados en situación de insolvencia de hecho. Uno y otros ocasionan perjuicio pauliano. Otra cosa distinta es la dificultad para generalizar el conflicto concursal fuera del procedimiento. Estas dificultades —de organización de todos los intereses concursales— son las que determinan que se reconduzca al concurso formal la impugnación de los pagos contrarios a las reglas paritarias de cobro en un intento, insistimos, de globalizar ordenadamente el conflicto de acreedores.

(47) En general, sobre la progresiva relevancia del perjuicio en la caracterización de la acción pauliana, vid. DE CASTRO, *La acción pauliana...*, cit., pág. 202; MORENO QUE-SADA, *Comentarios al Código Civil...*, cit., pág. 90; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 380; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 57; ORDUÑA

sanción de comportamientos fraudulentos (48). Este punto de partida objetivo permite aclarar los planteamientos —romper con dogmas tradicionales que ahogan a la pauliana y conducen a soluciones forzadas y ficticias—. Esto que se predica no significa desterrar por completo las valoraciones subjetivas del ámbito de la pauliana. La ineficacia funcionalmente está orientada a remediar el perjuicio pauliano. Este es su punto de arranque conceptual. Pero no basta —como se ha visto— con esta explicación inicial. Además hace falta justificar la ineficacia frente a la contraparte del deudor en el acto perjudicial. Entonces, se actúa con distintos criterios, según la naturaleza del acto: objetivos para rescindir el acto que lo enriquece sin costes o a bajos costes; y criterios subjetivos, en relación a los actos a título oneroso. En este caso, se protege la buena fe en el tráfico jurídico y sólo la actuación fraudulenta del adquirente —o en su versión cognoscitiva, la mala fe— justifica la rescisión. Pero ya el fraude no caracteriza conceptualmente la acción pauliana. Sólo es un criterio, entre otros, de concreción del alcance del perjuicio pauliano: cuando no existen razones objetivas en favor de la ineficacia del acto perjudicial —perjuicio frente a enriquecimiento sin costes o a bajos costes—, el fraude en sentido amplio es la ratio que justifica la ineficacia; y, claro está, si la balanza ya está inclinada en favor de la ineficacia por razones objetivas, el fraude acentúa las consecuencias de la misma. No obstante, insistimos, el principio configurador de la pauliana es el perjuicio, y el fraude sólo constituye un criterio más de valoración de la relevancia del mismo o de sus consecuencias. Y además se trata de un fraude «especial», conceptualmente rebajado de grado: desde la intención fraudulenta en propio interés se evoluciona hacia la actuación perjudicial con conocimiento de causa —mala fe—. Desde esta perspectiva, el «fraude» se traduce más en una actuación perjudicial que en una propiamente fraudulenta.

Según las consideraciones expuestas, creo que se puede hablar de objetivación generalizada de la ineficacia pauliana.

MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., pág. 167; MARTÍN SANTISTEBAN, «Presupuestos y requisitos en la aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores: su evolución en la doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias de 6 de abril de 1992 y 28 de octubre de 1993)», en *RGD*, 1994, pág. 9163; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., págs. 19 y 24; JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit., págs. 36, 125-133 y 151-174.

(48) Expresivas, en este sentido, las palabras de CARRARO («Valore attuale della massima *fraus omnia corrumpit*», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, diciembre, 1949, pág. 788): «C'è stata insomma, e in parte a ancora in atto, una progressiva evoluzione della revocatoria da istituto diretto alla repressione della frode, a istituto inteso a tutelare in modo obbiettivo l'interesse del creditore».

b) El perjuicio pauliano

Desde el planteamiento que he desarrollado, el perjuicio constituye el fundamento funcional de la acción pauliana. Pero el perjuicio no sólo gana terreno en la caracterización de la acción pauliana hasta convertirse en su razón de ser y, por lo tanto, en la ratio delimitadora de sus efectos. Además, el propio concepto de perjuicio se articula sobre bases más flexibles que inciden en la forma de entender la insolvencia; al mismo tiempo, se actualizan los criterios de conexión causal entre el acto impugnado y el perjuicio pauliano (49).

De la caracterización absoluta de la insolvencia en términos de ausencia de bienes en el patrimonio del deudor —acentuado el criterio con la carga del acreedor de demostrar que no existen bienes— se ha evolucionado en el sentido de valorar las posibilidades efectivas de satisfacción del acreedor. Aunque haya bienes en el patrimonio del deudor, si no se pueden realizar por su condición o características —inembargables, afectos a la satisfacción de determinados créditos...— existe insolvencia —perjuicio— a los efectos rescisorios. En la misma línea de caracterización, la insolvencia se concreta en relación al valor real de los bienes embargables, al margen del valor contable del patrimonio del deudor. Incluso, se alude como criterio de referencia al valor de realización en pública subasta, normalmente inferior al valor de mercado (50). Por otra parte, la insolvencia también se concreta en relación al crédito particular de referencia. Como dice el profesor ORDUÑA MORENO: «Insuficiencia que ... supone necesariamente que la capacidad y el valor de realización de los bienes y derechos que restan en la garantía patrimonial del deudor son deficitarios respecto del importe del crédito» (51). Se prescinde, pues, de declaraciones formales y globalizantes de la insolvencia —«el pasivo superior al activo»—, propias de procedimientos concursales (52).

Una de las diferencias esenciales entre la acción pauliana y los mecanismos concursales de ineficacia radica precisamente en la caracterización de la insuficiencia patrimonial. El criterio tradicional en la pauliana se articula

(49) Recientemente la doctrina española ha prestado especial atención a la configuración del *eventus damni*. Son significativas las siguientes aportaciones: LLEBARIA SAMPER, «Insolvencia civil, par conditio creditorum, y rescisión de hipoteca, Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988», en *La Ley*, 1989-3, pág. 923; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., pág. 371 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 126 y sigs.; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pág. 136 y sigs.; ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., pág. 165 y sigs.; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 25 y sigs.

(50) Díez-PICAZO, en el prólogo a la obra de ORDUÑA MORENO: *La insolvencia (análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico)*, Valencia, 1994.

(51) ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., págs. 165-166.

(52) Vid. LLEBARIA SAMPER, *Insolvencia civil...*, cit., pág. 924.

sobre una estrecha relación causal entre el acto impugnado y el perjuicio del acreedor: el acto es la **causa directa** de la insuficiencia patrimonial del deudor. En los procedimientos concursales, la insolvencia se globaliza en relación a todos los acreedores interesados en la satisfacción sobre los bienes del deudor y también se globaliza la relación de causalidad: la insolvencia es consecuencia no ya de un acto concreto, sino de un conjunto de actos que se valoran como concausas de un mismo resultado. El criterio de causalidad se adecúa a la especialidad del concurso, y sobre todo, al dinamismo empresarial donde el déficit patrimonial suele ser progresivo y difuso en su determinación causal. La insolvencia se tiene como efecto de actos sucesivos convergentes en el resultado lesivo. Paralelamente la selección de actos perjudiciales a efectos de la insolvencia se realiza con baremos globalizantes, bien temporales —cercanía en el tiempo a la cesación efectiva de pagos— bien indiciarios de la fuga de patrimonio —anormalidad del acto—.

No obstante ello, la pauliana está acortando distancias en este terreno con los procedimientos concursales. Quizá porque el «patrimonio civil» está adquiriendo importancia en el tráfico jurídico y un progresivo dinamismo (53). De tal manera que la insuficiencia patrimonial ya no es tampoco puntual —efecto de un evento—, sino progresiva y variada —efecto de concausas—. Especialmente significativa en este sentido es la evolución de los criterios de conexión temporal entre el acto y el perjuicio pauliano (54). La insuficiencia patrimonial no tiene que ser necesariamente efecto directo del acto (relación de inmediatez); se admite también el llamado daño virtual, con potencial para causar mediatamente la insolvencia. Igualmente se admite la concausalidad en el entendimiento de la insuficiencia patrimonial como efecto de pluralidad de actos. Este concepto amplio de perjuicio pauliano se encuentra ya muy asentado en el ordenamiento italiano donde la doctrina y la jurisprudencia lo han acogido con agrado. Lo que sorprende de los italianos es la manera subjetiva de entender la conexión causal. Los distintos actos perjudiciales se engarzan entre sí —concausas del perjuicio— por el intento fraudulento del deudor (55). La tendencia hacia la subjetivación del nexo causal se refleja, en concreto, en el artículo 2.901 del Código Civil italiano que exige intención perjudicial para impugnar un acto anterior al nacimiento del crédito (56).

(53) Al respecto es significativa la creciente relevancia de las asociaciones y las fundaciones o el fenómeno de «inflación» de patrimonios personales que actúan de «testaferros» de los bienes de empresas o sociedades.

(54) En nuestra doctrina ha prestado una especial atención a la evolución de los criterios de conexión entre el acto y el perjuicio pauliano, FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 191 y sigs.

(55) Vid. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995, pág. 271 y sigs.

(56) Artículo 2.901. *Condizioni: Il creditore, anche se il credito è soggetto a condizione o a termine, può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli*

Por la puerta falsa, el fraude toma de nuevo posiciones estratégicas en la pauliana (57). Pero yo no comparto esta subjetivación. El criterio de conexión causal entre el acto y el perjuicio es, o debería ser, objetivo. Siguiendo la tendencia hacia la objetivación de la vía pauliana, un acto se impugna porque es perjudicial. Y en la misma lógica, los baremos de concreción del carácter perjudicial de los actos deberían ser también objetivos: realización en un breve período de tiempo de un conjunto de actos encadenados, anormalidad —cuantitativa o cualitativa— del acto respecto a la esfera de actuación del deudor... Por todo ello, la fijación del nexo de unión de la cadena de actos se propugna **para el perjuicio** —fundamento de la impugnación— y **desde el perjuicio** —criterios de adecuación objetivos entre el acto y el perjuicio—. Esto no quiere decir que se niege la existencia de intención dolosa del deudor. Qué duda cabe que en muchos casos la habrá. Pero el fraude no será el criterio de conexión causal. En todo caso, será la puerta que permita «oponer» el perjuicio pauliano al tercer adquirente o elemento de agravación de las consecuencias civiles o penales —«sanciones»— que se derivan para el deudor.

2.2.2. La ineficacia de lo válido y eficaz

Antes de continuar recapitulemos lo hasta aquí expuesto sobre la acción pauliana. En primer lugar, se ha defendido la objetivación de la materia, trasladando la base funcional de la acción pauliana desde el fraude hasta el perjuicio. No se trata, en definitiva, de sancionar comportamientos fraudulentos, sino de proteger las expectativas del acreedor. En ello radica la razón de ser, el fundamento funcional de la figura. Y, al mismo tiempo, la idea de perjuicio pauliano se concibe con criterios «relativos», no «absolutos»; Desde esta perspectiva, la figura se agiliza; pierde rigor dogmático y se convierte en un instrumento mucho más flexible, y, por lo tanto, más efectivo. La situación de los acreedores resulta significativamente fortalecida, sin que a cambio se perjudique más allá de lo razonable la posición del deudor y del tercero. Como presupuestos de accionabilidad de la vía pauliana basta el perjuicio relativo: que el acreedor no pueda cobrar lo que se le debe sobre la base de una ponderación generosa: no sólo cuantitativa, sino también cualitativa de la situación patrimonial del deudor.

atti di disposizioni del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni, quando concorrono le seguenti condizioni:

1.º) *che el debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento.*

(57) La misma tendencia se observa en Francia y Alemania, vid. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode...*, cit., pág. 337 y sigs.

Hasta ahora, pues, el objetivo central de la exposición ha sido llamar la atención sobre el proceso de objetivación conceptual de la acción pauliana. Romper con la inercia en el pensar siempre requiere un esfuerzo dialéctico importante y por ello hemos incidido tanto en el trasvase conceptual desde el fraude hasta el perjuicio. Ha quedado, pues, en un segundo plano otro aspecto esencial en la materia: el desenvolvimiento funcional de la acción pauliana que representa nada menos que «la ineficacia de lo válido y eficaz». Esta especialidad —que no excepcionalidad— requiere también una justificación.

El sistema obligacional, en principio, se sustenta sobre una garantía patrimonial genérica —todos los bienes del deudor presentes y futuros— que se concreta en el momento de ejecución del crédito, no cuando se constituye la obligación. Nada «ata» los bienes al patrimonio del deudor, y, precisamente por ello, puede realizar «libremente» actos de disposición o administración, sin trabas. No existe «afectación» patrimonial al pago de las deudas contraídas. Cuando —sobre la base de un título válido— vende, dona, permuta o aporta a una sociedad bienes de su patrimonio lleva a cabo un acto «plenamente» eficaz tanto desde la perspectiva obligacional como jurídico-real. Y en esto se traduce la especialidad de la acción pauliana: para remediar la insolvencia del deudor en interés del acreedor hay que «rescindir» un acto válido y eficaz.

Igualmente se puede tener por especial la ratio de la ineficacia de lo válido y eficaz: la equidad. De nuevo la «especialidad» requiere una explicación.

Para empezar, yo me atravesaría a calificar a la acción pauliana de conflictiva. Al fin y al cabo, se trata de remediar un perjuicio a costa del sacrificio ajeno: el del adquirente o contraparte del deudor en el acto perjudicial. Justamente se le está pidiendo a un sujeto que recibe un bien sobre la base de un acto válido y eficaz que sacrifique la adquisición en favor de un interés lejano y ajeno: el del acreedor del *tradens*. En fin, el adquirente se ve implicado en una insolvencia extraña.

El perjuicio del acreedor es la ratio funcional de la acción pauliana. Pero no basta para explicar frente a la contraparte del deudor la ineficacia sobrevenida de lo válido y eficaz. Con palabras del profesor DE CASTRO: «...es preciso averiguar el cómo y el por qué se ataca al acto adquisitivo del tercero...» (58).

La base técnica de la implicación, o expresado gráficamente, el trampolín para que la insolvencia —cuestión *inter partes*: deudor-acreedor— trascienda a tercero es una ratio de equidad (59); o mejor diría yo, una razón de justicia

(58) DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 202.

(59) El profesor DE CASTRO resuelve el conflicto pauliano sobre la base de una ratio de equidad. Este planteamiento, en términos generales, es asumido por la doctrina; así lo entienden, entre otros, CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., págs. 5758; FERNÁNDEZ

material. Desde un punto de vista formal, según la inercia del sistema jurídico, lo válido y eficaz se consolida definitivamente, salvo que exista una razón «especial». Esto es, se produce una ponderación entre el perjuicio del acreedor y el alcance material o económico que el acto —formalmente válido y eficaz— produce en el patrimonio del adquirente: enriquecimiento sin costes o a bajos costes. El conflicto pauliano se traduce fundamentalmente en una ponderación de valores patrimoniales: perjuicio pauliano-enriquecimiento sin costes. Y gana el primero por razones de equidad o, si se prefiere, por razones de justicia material. Esta es la ratio de decisión del conflicto pauliano respecto a los actos perjudiciales del deudor a título gratuito o a título oneroso pero a bajo precio (60). Y en el sentido expuesto, se produce una reorganización

CAMPOS, *El fraude de acreedores...*, cit., pág. 313; JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit., págs. 156. No obstante ello, se nota la falta de un estudio doctrinal más profundo sobre el alcance y significado de la «equidad pauliana».

(60) Y no se invoque en contra que la equidad en el Código Civil actúa como criterio de resolución de conflictos, al margen de las normas. Y que, por lo tanto, la equidad no es fundamento de la acción pauliana porque ésta opera sobre presupuestos legalmente determinados. Con estos argumentos, ORDUÑA MORENO (*La acción rescisoria por fraude de acreedores...*, cit., págs. 166-168) relega el papel de la equidad en el ámbito de la pauliana al plano meramente interpretativo y sitúa el fundamento de la rescisión en un juicio de imputabilidad de responsabilidad sobre la base de consideraciones culposas (ORDUÑA MORENO, *op. cit.*, págs. 130-141). Comparto este criterio matizadamente. Resulta quizá forzado hablar de culpabilidad cuando ni el deudor ni mucho menos el tercero tienen el «deber de conservar» la garantía patrimonial. Quizá sea más propio hablar de ilicitud sobre la base de la mala fe. Y además ORDUÑA deja sin precisar cuál es el criterio de rescisión de lo válido y eficaz en los actos a título gratuito. En fin, a mi entender, la culpabilidad no es el camino para justificar la rescisión de lo válido y eficaz ni siquiera respecto a los actos a título oneroso. Y en los actos a título gratuito, lo que explica esta especialidad es justamente una razón de equidad. Las razones de la rescisión no son desde luego formales porque el acto es válido y eficaz. Las razones son materiales. Frente a un enriquecimiento sin costes, prevalece el perjuicio pauliano. Sin que se sepa razón alguna que impida que la equidad desarrolle esta función en nuestro ordenamiento. No es que se rescinda lo válido y eficaz con un juicio de equidad que prescinde de lo normado. La acción pauliana está legal y jurisprudencialmente delimitada. Y en estos límites se mueve la rescisión. Lo que se dice es que lo normado se articula sobre la base de criterios de justicia material: esto es, de comparación de valores patrimoniales: perjuicio y enriquecimiento. Se rescinde lo válido y eficaz sencillamente porque, sobre la base de una razón de justicia material, tiene más peso el perjuicio pauliano que el enriquecimiento sin costes. La ratio general de decisión es, pues, la equidad. Una excepción podría concretarse en los actos a título oneroso con equivalencia material de contraprestación donde —como se verá— la mala fe del tercero es la que «justifica la rescisión». Pero —como también intentaré demostrar— incluso entonces la mala fe se objetiva bastante con criterios de equidad. En cualquier caso, he invertido el planteamiento de ORDUÑA (*op. cit.*, pág. 168): este autor considera que el criterio general de rescisión es la culpa y el especial —indefinido conceptualmente— el que opera respecto a los actos a título gratuito. A mi entender, en cambio, la equidad es la ratio general de ineficacia de lo válido y eficaz, matizando el planteamiento en los actos onerosos y compensados económicamente. Entonces la mala fe —muy matizada también con criterios de justicia material— es la llave maestra de la rescisión.

económica de patrimonios en interés de los acreedores. El adquirente debe restituir el enriquecimiento para remediar el perjuicio pauliano.

Este planteamiento explica la evolución técnica y terminológica desde el enriquecimiento sin causa hasta el enriquecimiento sin costes; desde la onerosidad causal a la equivalencia de valor entre contraprestaciones. En fin, como se verá más adelante, esta ratio de equidad entre un perjuicio y un enriquecimiento sin costes —aunque con causa— justifica igualmente los efectos moderados del régimen restitutorio. La medida de la ineficacia se obtiene de una ponderación «equilibrada» de valores patrimoniales, que limita el alcance de la restitución a la cosa, o, en todo caso, al enriquecimiento obtenido de ella.

En pocas palabras, la acción pauliana significa un reequilibrio material entre el perjuicio pauliano y un enriquecimiento sin costes. De esta manera lo jurídico toca tierra y se decide por razones de justicia material. Y esto es algo «especial» en nuestro ordenamiento.

Incluso cuando la ineficacia se justifica en la mala fe del adquirente también opera una ratio de equidad material. Nos referimos a los casos en que se produce un intercambio compensado en valor de cosa por dinero u otro bien de fácil ocultación o difícil realización, con conocimiento del perjuicio —imposibilidad efectiva de cobrar— que se ocasiona al acreedor. Entonces, la mala fe tiene por objeto un interés meramente «expectante» del acreedor: la satisfacción en vía ejecutiva del crédito. Y esta «materialización» de la mala fe participa también de la «especialidad pauliana». Nos explicamos. El patrimonio del deudor no está afecto a las deudas y hasta el momento ejecutivo de la responsabilidad, el acreedor sólo tiene sobre el mismo una expectativa general y difusa. Y, por consiguiente, hasta entonces, el tercero adquiere de forma válida y eficaz, sin infracción de derecho ajeno o norma alguna. Vistas así las cosas, el tercero adquiere además lícitamente, al menos, según la lógica formal del sistema. Sin embargo, de nuevo, en el ámbito de la acción pauliana se produce una especialidad. Por razones de equidad, se profundiza la ratio de decisión más allá de la formalidad del sistema, hasta tocar otra vez la justicia material. El conocimiento de la situación de insolvencia del deudor, la conciencia de que se ocasiona perjuicio a las expectativas de cobro de los acreedores da razón de la mala fe del adquirente. Y ello justifica la ineficacia de lo válido y lícito. En otras palabras, la equidad materializa la mala fe, en el sentido de que su objeto es la materialidad del perjuicio y no la ilicitud del mismo (61).

(61) Utilicemos como referencia para concretar la idea expuesta, la comparación entre la mala fe a los efectos de la ineficacia pauliana y la del artículo 433 del Código Civil en el ámbito de la posesión. La primera es conocimiento de la materialidad del perjuicio —consciencia del daño a las expectativas económicas que el acreedor tenía

Todo este planteamiento conceptual sobre la mala fe se convierte en la práctica en un problema de prueba. ¿Cómo acreditar «esta» mala fe del tercero? Las dificultades se soslayan con la técnica presuntiva. Al tercero se le impone la rescisión sobre la base de meras consideraciones indiciarias de la mala fe. Y así —como el que no quiere la cosa—, la ineficacia pauliana se objetiva de nuevo.

En fin, en materia de ineficacia pauliana, la equidad actúa como válvula de escape del formalismo jurídico. Bien es verdad que la insolvencia es un riesgo del acreedor, un mal augurio que lo ronda. Y también es verdad que nada impide contratar sobre bienes de un patrimonio endeudado. No existe afectación real al pago de deudas. Por lo cual, el deudor dispone de sus bienes de forma válida y eficaz. Y el tercero adquiere conforme a derecho. Sin embargo, la equidad matiza estos planteamientos. Quien con conocimiento de causa da lugar a la insolvencia del deudor está implicado en la misma: soporta sus consecuencias a través de la ineficacia pauliana.

Todo ello explica la especialidad de la acción pauliana en materia de rescisión de actos a título oneroso, sin que sea necesario forzar más los razonamientos. Quizá la cuestión se podría reconducir, con ciertas matizaciones, al ámbito del fraude de ley (62). O también quizá al abuso de derecho en una interpretación generosa de la figura (63). Pero siempre respetando la autonomía conceptual y funcional de la acción pauliana, que, aunque próxima en su ratio a las figuras mencionadas, tiene su propia especialidad. Sobre todo hay que distinguir con cuidado el significado de la ineficacia como instrumento jurídico de «restauración jurídica» de las expectativas de cobro del acreedor del significado de la responsabilidad como forma de «resarcimiento de daños». En efecto, la ineficacia persigue la rescisión de lo válido y eficaz para que el acreedor pueda satisfacer su interés como si la cosa no hubiese salido

sobre el patrimonio del deudor—. La segunda es claramente formal: consciencia del carácter indebido de la posesión.

(62) Desde ciertos sectores doctrinales se establece una relación de género a especie entre el fraude de ley y el fraude de acreedores, aunque matizando los planteamientos generales por las «especialidades» de la vía pauliana: un clásico como JOSSEBRAND (*Los móviles en los actos jurídicos de Derecho privado*, traducción de Sánchez Larios y Cajica J. R., México, 1946, pág. 207) particulariza en el siguiente sentido: «...el acto contrario a la ley no se manifiesta con la evidencia que en los demás casos, lo que explica que la nulidad con que se sanciona sea de orden privado y relativa, y hasta una nulidad reducida que deja subsistir el acto impugnado en la medida en que no perjudique a los acreedores». DIEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, t. II, Madrid, 1993, pág. 732) señala la profunda objetivación de la disciplina del fraude de ley en materia de fraude de acreedores. Igualmente, NAVARRO FERNÁNDEZ (*El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*, Madrid, 1988, pág. 68) advierte que en el fraude de acreedores el perjuicio prevalece por encima del elemento doloso, característico del fraude de ley.

del patrimonio del deudor. La responsabilidad empieza donde acaba la restauración jurídica. Cuando no tiene cabida la ineficacia sobre la cosa o el valor de enriquecimiento derivado de la misma, la «responsabilidad» puede abarcar el daño de «utilidad» que la pérdida de la cosa ocasiona al acreedor. Pero esto significa ya «resarcimiento» de un daño económico (*aestimatio rei*), y no propiamente restauración de una situación jurídica lesionada. Igualmente, la responsabilidad puede abarcar otros daños económicos (*id quod interest*). La distinción de efectos se explica y justifica desde la diversidad conceptual: mientras la ineficacia se fundamenta en un juicio de equidad, la responsabilidad lo hace en un criterio de imputación —actuación ilícita—. Sin que tengan cabida razonamientos forzados sobre «responsabilidad por culpa», porque donde todavía no hay obligación de restituir tampoco hay responsabilidad ni culpa alguna.

Queda, pues, constancia de la materialidad del conflicto pauliano. Las razones de justicia económica son las que deciden en un sentido o en otro la rescisión de lo válido y eficaz. Esta especialidad da color a la acción pauliana. Desde la perspectiva de equidad material se explica la rescisión de lo válido y eficaz. Y también sobre ella se valoran y articulan el alcance y consecuencias de la ineficacia.

Y entiéndase bien el papel que se otorga a la equidad. Porque no se predica la rescisión de lo válido y eficaz sobre la base de un juicio de equidad que prescinda de lo normado. No se trata de una equidad «de manos libres», sino de una ponderación equitativa de intereses que está en la base de lo normado, pero que no se convierte en el criterio de decisión. Esta ratio de equidad, en realidad lo que hace es marcar distancias con una concepción subjetiva de la ineficacia pauliana construida sobre la idea de fraude, y, al mismo tiempo, establece fronteras conceptuales y funcionales con la responsabilidad por culpa del artículo 1.902 del Código Civil (64).

Pues bien, desde esta ratio de equidad, emprendemos la caracterización de la ineficacia pauliana. Posteriormente nos ocuparemos de los efectos restitutorios de la misma.

Considerando los razonamientos anteriormente expuestos, se debe concluir que la ineficacia pauliana es sobrevenida. Es decir, el acto nace válido y eficaz. Y sigue siéndolo hasta que se impugna por el acreedor y judicialmente se valora la procedencia de la rescisión de lo válido y eficaz. Nos explicamos. La rescisión es una ineficacia de protección del interés del acreedor; la cuestión

(63) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a los contratos en daño de tercero», en *RDN*, 1958, pág. 120 y sigs.

(64) JEREZ DELGADO (*Los actos objetivamente fraudulentos...*, cit., 161) aprecia y matiza la distinción conceptual entre la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento.

no es sancionar un negocio ni desde la perspectiva obligacional ni jurídico-real. Sólo está en juego el perjuicio del acreedor y, por lo tanto, se deja en sus manos la cuestión de la ineficacia. El acreedor es quien decide sobre la ineficacia. Técnicamente, pues, la impugnación del acto a los efectos de la acción pauliana se configura como un derecho potestativo o facultad del acreedor. Y además, la impugnación se articula como una «acción judicial». La ratio de equidad sobre la que se decide el conflicto pauliano exige una valoración judicial. Y en este sentido, se puede decir que la sentencia es constitutiva de la ineficacia (65). Y no se predique el carácter retroactivo de la sentencia a los efectos restitutorios propios de la pauliana, porque —como bien dice LABANDERA y BLANCO— sería una ficción (66). El acto nace válido y eficaz, tanto desde la perspectiva obligacional como jurídico-real. Y en consecuencia, la contraparte del deudor adquiere la propiedad de la cosa comprada, donada, permutada... Y desde esta lógica adquisitiva se justifica, por ejemplo, la atribución de frutos al adquirente. E igualmente, sobre la misma razón dominical, queda exonerado de responsabilidad por pérdida de la cosa. La retroactividad de los efectos de la sentencia sería, pues, una ficción desfiguradora de la realidad —validez y eficacia— del acto hasta que se impugna. Pero los efectos restitutorios de la rescisión serán estudiados en otro momento. Por ahora sólo quiero resaltar el carácter sobrevenido de la ineficacia pauliana.

Por otra parte, la ineficacia es limitada en su alcance. Se trata de rescindir un acto en interés de los acreedores y hasta el límite de dicho interés. Trascender el alcance de la paulina más allá de esta frontera significaría una rescisión injustificada tanto desde la perspectiva formal —«ineficacia de lo válido y eficaz»— como material —protección del interés del acreedor—. El perjuicio es fundamento funcional y al mismo tiempo límite de la pauliana. En este sentido, se habla de ineficacia limitada (67).

(65) Sobre el carácter constitutivo de la sentencia se pronuncian ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., pág. 129; LOHMANN LUCA DE TENA, «Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana», en *RGLJ*, mayo, 1984, pág. 506; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción rescisoria...*, cit., pág. 289; DE CASTRO (*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 208), por el contrario, defiende la naturaleza declarativa de la sentencia en el siguiente sentido: «*El negocio jurídico revocado lleva unido a él, desde su formación, una tara originaria. Es ineficaz ab initio respecto de los acreedores, la demanda de revocación no crea, sino que se basa en la ineficacia del acto jurídico*». En esta ocasión difiero del planteamiento de DE CASTRO. Como he dicho en el texto, entiendo que el acto nace válido y eficaz, sin tara «negocial» ni a los efectos jurídicos-reales. Sólo el perjuicio pauliano en relación al «cobro de lo debido» justifica la ineficacia sobrevenida de lo válido y eficaz.

(66) LABANDERA Y BLANCO, «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil», en *RDP*, 1914, pág. 182.

(67) El alcance limitado de la ineficacia pauliana en función del perjuicio del acreedor es punto común de la doctrina; vid., por todos, FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores. La acción pauliana...*, cit., pág. 304.

Y precisamente con esta ratio de moderación se explica que la acción pauliana no tenga ninguna vocación de incidir sobre la realidad obligacional y jurídico-real derivada del acto perjudicial. Insistimos, no se trata de «sancionar» el negocio ni la adquisición. Sólo se rescinde para corregir la insolvencia del deudor en interés del acreedor. Y para corregir en este sentido no hace falta realmente invalidar el negocio ni «retrotraer» la propiedad de nuevo al patrimonio del deudor. Basta con que el acreedor puede satisfacer sus expectativas de cobro sobre el bien objeto del acto de enajenación o disposición en las mismas condiciones que antes: como si todavía estuviese en el patrimonio del deudor. El adquirente, por razones de equidad, soporta sobre un bien propio las consecuencias de una deuda ajena. Retrotraer la propiedad del bien hasta el patrimonio del deudor es, pues, una medida innecesaria, que sobrepasa en exceso la finalidad de la ineficacia. Con mucho menos desgaste jurídico —que la cosa en el nuevo patrimonio soporte la deuda ajena en interés del acreedor— se consigue la finalidad perseguida. Y además, de esta manera, se exige del adquirente el mínimo sacrificio. Porque si la cosa sigue siendo de su propiedad, lo que sobra de la misma —de su valor— después de satisfacer el crédito, es suyo. Por el contrario, si se retrotrae la cosa al patrimonio del deudor, el sobrante enriquecería a éste a costa del adquirente. Y para compensar el nuevo desequilibrio patrimonial habría que restituir el sobrante al adquirente. Y para qué tanto trasiego de cosa y restos de valor cuando el perjuicio pauliano se puede corregir actuando sobre el patrimonio del adquirente. Si hay que rescindir lo válido y eficaz, al menos que esta «especialidad» implique las consecuencias mínimas.

Como dice el profesor FERNÁNDEZ CAMPOS: «*La devolución prevista en el artículo 1.298 del Código Civil no significa, por tanto, restitución, sino restauración de la situación respecto al acreedor*» (68).

Pero hace falta «restaurar» judicialmente la situación. Como se ha dicho ya, la ineficacia no actúa automáticamente. La adquisición no es directamente —de forma automática— «inoponible» al acreedor perjudicado. No existe un criterio formal que sin más convierta lo válido y eficaz en inoponible. El

(68) FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 221. Partidarios también de relativizar las consecuencias de la ineficacia pauliana en el sentido expuesto, DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 204; ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., pág. 129; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 370; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 190; ROCA SASTRE, «La acción revocatoria de donaciones en la Compilación», en *ADC*, 1962, pág. 16; LOHMANN LUCA DE TENA, *Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana...*, cit., pág. 504. No obstante ello, todavía está muy arraigada en la doctrina la palabra «revocación». Y, paradójicamente, algunos de los autores que rechazan la restitución de la cosa al patrimonio del deudor, y optan por concretar la ineficacia en el patrimonio del adquirente, siguen hablando de «revocar» el acto.

perjuicio pauliano se corrige a través de una ineficacia judicialmente constituida sobre la base de una ponderación de equidad de los intereses implicados. En esto se diferencia la ineficacia pauliana de la inoponibilidad. La primera se constituye judicialmente. La segunda opera automáticamente. Son categorías próximas. Las dos se enfrentan a conflictos de intereses, pero con distintas técnicas: una formaliza el conflicto mediante la ficción jurídica: es como si no se hubiese producido la situación (acto, adquisición...) perjudicial. La otra reconoce la realidad de la situación perjudicial, pero permite su impugnación (69).

Todavía cabe un esfuerzo de aproximación conceptual entre ambas categorías. Como en la base de la inoponibilidad y la vía pauliana se encuentra la protección de determinados intereses privados que no se concretan en la validez del negocio, sino en sus elementos de eficacia se pueden conceptualizar ambas como ineficacias relativas, separadas por un grueso trazo de la invalidez. Pues para unos el negocio será necesariamente eficaz, y para otros —aquellos cuyos intereses se protegen— puede no serlo. Y entre ellas, la línea fronteriza será el criterio de ineficacia *ope iudicis u ope legis*, según que, conforme a la naturaleza de la causa de ineficacia, sea o no precisa una valoración judicial en juicio contradictorio. Con este criterio de distinción, la rescisión será una ineficacia de la primera categoría y la inoponibilidad de la segunda.

Con los rasgos trazados —sobrevenida, potestativa, judicial, limitada y relativa— queda caracterizada la especialidad de la ineficacia pauliana. Sólo queda aclarar la problemática que tradicionalmente ha planteado la interpretación de los artículos 1.291.3.º y 1.294, respecto al carácter subsidiario de la vía pauliana.

Mi parecer al respecto es el siguiente. El perjuicio es la razón funcional de la rescisión y, por lo tanto, presupuesto conceptual de la misma. Y así interpreto lo dispuesto en el artículo 1.291.3.º: el acreedor no puede cobrar de otro modo lo que se le debe y por ello recurre a la vía pauliana (70). Pero

(69) En esta línea, FERNÁNDEZ CAMPOS (*El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 281 y sigs.) analiza y critica la construcción de RAGEL SÁNCHEZ sobre la distinción entre inoponibilidad e ineficacia pauliana (*Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994, pág. 109 y sigs.). Rechazando la opinión de RAGEL en algunos puntos —alcance y efectos de la ineficacia pauliana—, FERNÁNDEZ CAMPOS concreta la esencia de la distinción en una cuestión de técnica jurídica: «*fingir*» la inexistencia del acto —inoponibilidad— o rescindir la realidad reconocida —ineficacia pauliana—.

(70) Sobre la interpretación del carácter subsidiario por referencia al perjuicio, vid. CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 74; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., págs. 80-81; ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., págs. 148-149; ROBLES LATORRE, *El carácter subsidiario de la acción pauliana*, trabajo inédito todavía.

bien entendido que esta vía no es una garantía patrimonial de segundo grado —subsidiaria— que a modo de red de seguridad afecte los bienes del deudor al pago de sus deudas. La acción pauliana tiene su propia esencia. Constituye un reforzamiento —un «plus»— que por razones de justicia material se concede al acreedor. En otras palabras, la rescisión no se explica desde la propia dinámica de la garantía patrimonial del deudor —como una vía «subsidiaria» para cobrar—, sino como un extra justificado en la equidad. Se rescinde un «enriquecimiento sin costes» en función del perjuicio pauliano. Y esto es «cobrar» por una ratio de protección de la seguridad del crédito que no es propia de la garantía patrimonial. De nuevo la especialidad explica la acción pauliana.

Tampoco es subsidiaria de otros tipos de ineficacia como la invalidez. La relación entre ellas se explica, una vez más, por el principio de especialidad. La nulidad se ocupa de las irregularidades negociales y la acción pauliana de los actos en perjuicio de los acreedores.

En efecto, si se mantiene —como se predica en este trabajo— que el perjuicio es el fundamento conceptual y funcional de la vía pauliana, lo lógico en el plano de las ideas es marcar por aquí la línea fronteriza con otras ineficacias afines. La rescisión se caracteriza como una forma de ineficacia que opera en general sobre contratos perjudiciales, sean o no válidos. Se trata de que el acreedor cobre sobre la cosa con una ratio protectora de la seguridad de los créditos, y a estos efectos tanto da que el contrato sea nulo o no. Contra lo que va la pauliana no es contra el contrato, sino contra la enajenación perjudicial en la medida necesaria para restaurar la situación jurídica del acreedor. Cuando el artículo 1.290 del Código Civil dice que «los contratos válidos se pueden rescindir», lo que quiere dejar claro es que, a pesar de que sean válidos, cabe la vía pauliana. Pero no que necesariamente tengan que ser válidos.

Considero, pues, equivocada la tendencia doctrinal a limitar el ámbito de la pauliana a los contratos válidos (71). Seguramente por una inercia en la forma de pensar, lo inválido se reconduce directamente al ámbito de la nulidad y sin entrar en otras consideraciones, el objeto de la rescisión se identifica con lo válido, pero perjudicial. En esta línea de pensamiento, la cuestión en la práctica se reduce a un problema de carga probatoria. Un acto nulo puede crear una apariencia de validez sobre la que el ordenamiento construye, incluso, presunciones (art. 1.277 del Código Civil). Y dicha apariencia de validez actúa a favor del acreedor que insta la rescisión. El acto perjudicial funciona en principio como válido a los efectos de la acción pauliana. Será la contraparte quien deba excepcionar la invalidez para detener la rescisión. O si cabe

(71) LLEVARÍA SAMPER, *Fraude y perjuicio...*, cit., pág. 144.

en razón a su naturaleza, cabe el reconocimiento judicial de la nulidad. Pero mientras no se produzca la excepción o actúe el reconocimiento de oficio, el acto se tiene por válido (72). En fin, la rescisión se identifica con lo válido o, en todo caso, con lo aparentemente válido. Pero venida abajo dicha apariencia, no cabe la rescisión de lo inválido (73).

Este planteamiento está influido en exceso por la fuerza conceptual que en nuestro ordenamiento tiene la nulidad. Pero olvida y desconoce que la ratio de la vía pauliana se identifica con el perjuicio, y no con cuestiones negociales. Un contrato inválido puede ocasionar el mismo perjuicio pauliano que uno válido. Cuando, por ejemplo, se enfrenta la pauliana con la nulidad por causa ilícita: ejercitada la pauliana —que da facilidades, pues no hay que probar en todo caso la mala fe...—, ¿va a empeorarse la posición del acreedor porque el demandado alegue y pruebe esta causa ilícita? Sea o no válido, en todo caso debe rescindirse en interés del acreedor, a quien nada le importa la falta de efectos obligacionales *inter partes*, sino la ineficacia relativa. Que el deudor y el tercero discutan si, además, es nulo.

2.2.3. Los efectos de la rescisión de lo válido y eficaz

El punto de referencia obligado en esta materia debería ser el artículo 1.295 del Código Civil, que establece la restitución recíproca de las cosas objeto del acto rescindido con sus frutos y del precio con sus intereses. No obstante, la doctrina ha criticado el rigor de esta regulación, sobre todo, si se compara con las consecuencias previstas en materia de liquidación posesoria. Según el artículo 451 del Código Civil, los frutos se atribuyen al poseedor de buena fe. Y, sin duda, el sujeto que adquiere sobre la base de un título válido y eficaz es un poseedor especialmente cualificado a estos efectos. Frente a esta dicotomía de regímenes, la doctrina toma partido por el régimen posesorio y generaliza su alcance prescindiendo de la literalidad del artículo

(72) Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 103.

(73) Respecto a la anulabilidad se razona de forma parecida. Mientras no se anula, el contrato es válido y se puede rescindir. Pero si se anula, no cabe la vía pauliana, pensada y organizada para rescindir lo válido, pero perjudicial. El conflicto se plantea propiamente cuando el acreedor pretende la rescisión del contrato perjudicial y se exceptiona la anulabilidad del mismo. Pero como la impugnación del contrato anulable es una cuestión del deudor —un derecho potestativo o facultad— sólo él puede decidir al respecto. Mientras el deudor no lo anule, el contrato es válido. Otra cosa es que se admita la legitimación extraordinaria del acreedor para anular el contrato *ex* artículo 1.111. Pero la doctrina mayoritaria rechaza esta posibilidad. Vid. sobre la cuestión, JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 del Código Civil). Ensayo de formulación de los criterios generales para su delimitación*, Madrid, 1996.

lo 1.295 (74). A mi entender, el artículo 1.295 realmente está pensado para la rescisión por lesión (75). Entonces, la ineficacia se organiza en torno a la rescisión de un contrato oneroso; y los efectos restitutorios se producen *inter partes*. En este caso, se justifica la restitución recíproca porque, en definitiva, la liquidación de la situación negocial se articula sobre las mismas bases —recíprocas— en la que se sustentaba el contrato. El sinalagma genético y funcional se reproduce en la liquidación del negocio. Se «borran» —que no se ignoran— sus efectos, según la lógica inherente al mismo (76). Igual razón es la que subyace en el artículo 1.303 del Código Civil, también pensado y organizado para liquidar —*inter partes*— las consecuencias del sinalagma negocial.

Por ello, precisamente, el artículo 1.295 no encaja en materia de rescisión en interés del crédito. Aquí la ineficacia trasciende la perspectiva negocial. No se trata de borrar *inter partes* los efectos del negocio. Las razones de la rescisión no están en el negocio: ni en su validez ni en su justicia intrínseca. Las razones son otras: se trata de rescindir un acto que vulnera las expectativas de cobro del acreedor por la salida de un bien del patrimonio del deudor. Pero esta razón rescisoria debe ser valorada y ponderada en relación a otro interés igualmente protegible: el del tercero que adquiere la cosa del deudor, sobre todo, si actúa de buena fe. La rescisión de lo válido y eficaz implica una ratio de equidad hacia el acreedor; y, al mismo tiempo, hacia el adquirente, que debe soportar la ineficacia dentro de unos límites de equidad. En fin, el conflicto pauliano es complejo —«especial»— y esto trasciende —o debería trascender— en el alcance de sus efectos y consecuencias.

Considero, pues, que la regulación característica del artículo 1.295 y 1.303 está articulada en torno a la ineficacia *inter partes* de contratos sinalagmáticos. Este es su ámbito institucional y no la ineficacia pauliana que va más allá de estos planteamientos. Lo que se explica para los casos de invalidez negocial y para la rescisión por lesión no tiene fácil encaje en la rescisión por fraude de acreedores. Desde esta perspectiva, la homologación de regímenes

(74) De esta opinión, DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pág. 425; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pág. 207; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 196; CARRASCO PERERA («Restitución de provechos», parte primera, en *ADC*, 1987, pág. 1116 y sigs.), también defiende la aplicación del régimen posesorio que se concibe como el general de la restitución de provechos. No obstante, mantiene la especialidad de los artículos 1.303 y 1.295 cuando se trata de liquidar las consecuencias de un contrato sinalagmático.

(75) Vid. MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., págs. 204 y 245.

(76) Deduzco que, salvo error por mi parte en la interpretación, éste es el planteamiento de CARRASCO PERERA (*Restitución de provechos...*, cit., pág. 1121).

del artículo 1.295 es una equivocación conceptual y lo que es más importante una sinrazón funcional de la ineficacia pauliana.

En otro sentido, el artículo 1.295 en materia de rescisión en fraude de acreedores no significa propiamente «restitución» de la cosa al patrimonio del deudor. Según el planteamiento que he defendido, la satisfacción del acreedor se produce en el propio patrimonio del adquirente. Con ello el acreedor realiza de igual forma su interés y sin tanto trasiego patrimonial.

Y, además, normalmente la acción pauliana tiene por objeto la impugnación de actos a título gratuito respecto a los cuales la ratio de los artículos 1.295 y 1.303 no tiene, definitivamente, nada que decir.

Por todas estas razones, no podemos contar con el artículo 1.295 para articular el régimen de los efectos de la ineficacia pauliana. Quizá el 1.298 sea de mayor utilidad —orientativo— en materia de mala fe. Pero quedan muchas cuestiones por resolver y organizar. La ineficacia pauliana necesita soluciones propias y características y no importaciones forzadas de otros ámbitos. El artículo 1.295 no encaja en el conflicto pauliano —al menos en mi perspectiva del mismo— y el artículo 1.298 no es suficiente. El régimen restitutorio de la ineficacia pauliana necesita, pues, ser caracterizado sobre bases propias y netas. Desde los planteamientos objetivos y de especialidad que he defendido, intentaré esbozar los efectos fundamentales de la rescisión. Y como el conflicto pauliano adquiere distintos matices —de objetividad y especialidad— según la naturaleza gratuita u onerosa del acto impugnado y según la mala o buena fe del adquirente, distinguiré en estos dos sentidos. Asimismo concretaré el régimen de ineficacia respecto a los principales implicados: acreedor y adquirente. En definitiva, ellos son los personajes entre los que transcurre el desenlace del conflicto pauliano. El deudor —su patrimonio deficitario— representa el drama inicial. Y sólo vuelve a aparecer en escena en relación con efectos muy secundarios de la ineficacia. Pero la trama esencial del conflicto —su fundamento conceptual y funcional— implica esencialmente la confrontación de los intereses del acreedor y adquirente; y entre ellos se producen los principales efectos rescisorios.

a) Ineficacia de los actos a título gratuito y de buena fe

El adquirente a título gratuito y de buena fe soporta la ineficacia de su adquisición en interés del acreedor, pero con efectos moderados.

En primer lugar, no está obligado a la restitución de frutos —de su valor— porque ha disfrutado de la cosa sobre la base de una adquisición válida y eficaz. «Adquiere» y, por tanto, está legitimado para usar y disfrutar. Su condición es mucho más cualificada que la del poseedor de buena fe. Es propietario. Y en esta condición se le atribuyen «debidamente» los frutos. En

otras palabras, no se trata de liquidar una posesión indebida, sino una situación jurídica conforme a derecho. Si la atribución de frutos se justifica en el primer supuesto, cuánto más no se va a justificar en el segundo.

Además, a mayor abundamiento, se puede pensar de la siguiente manera: la equidad que fundamenta la rescisión de lo válido y eficaz en interés del acreedor explica igualmente la atenuación del alcance de la ineficacia. Una cosa es que se sacrifique la adquisición en interés del acreedor y otra extremar sus efectos. Parece de equidad que el adquirente a título gratuito, que se enriquece sin costes en perjuicio del acreedor, soporte la ineficacia pauliana. Se justifica, pues, que el acreedor actúe sobre la cosa enajenada para satisfacer sus expectativas de cobro. Sin embargo, resulta mucho más desproporcionado exigir del adquirente la restitución de frutos. En definitiva, la equidad juega a dos bandos: fundamenta la ineficacia pauliana en interés del acreedor, pero también atenúa sus efectos en interés del adquirente: debe soportar la ineficacia sobre la cosa, pero no restituir frutos.

El régimen de impensas realizadas por el adquirente sobre la cosa también requiere cierta reflexión. Y de nuevo, las soluciones en materia de liquidación del estado posesorio son punto obligado de referencia. En concreto, por lo que respecta a los gastos realizados por el poseedor de buena fe, el Código Civil valora con una ratio de favor la realización de los mismos. El gasto que repercute en la conservación del valor económico y jurídico de la cosa, o la revalorice en esta doble perspectiva es visto con buenos ojos por el ordenamiento. Esta política de «cuidado» de las cosas —de su eficacia y rentabilidad económica— se materializa recompensando los desembolsos al poseedor. En este sentido, se habla de evitar que el vencedor en la posesión se enriquezca injustamente a costa del poseedor de buena fe. Esta puede ser una explicación técnica de las soluciones legales. Pero sin olvidar que, en el fondo, se persigue compensar el gasto ocasionado en el patrimonio del poseedor de buena fe. Se trata, por tanto, de «indemnizar» el valor de los gastos: de liquidar una «deuda de valor». Otra vez lo que se justifica respecto a la liquidación de la posesión indebida se explica mucho más en el caso de la ineficacia de una adquisición válida y eficaz. El adquirente posee debidamente; está legitimado en derecho —*de iure*— para realizar las impensas. Por consiguiente, la ineficacia pauliana debe valorar esta situación. Insistimos, una cosa es soportar la ineficacia sobre la cosa, y otra, soportar, además, un desgaste del propio patrimonio. En definitiva, la insolvencia del deudor es un «riesgo» del acreedor. A través de la rescisión, este riesgo se transmite al tercer adquirente, pero de forma equitativa: sobre la «cosa», sin afectar al resto del patrimonio. Con esta ratio, se predica el desembolso al adquirente del «valor de las impensas».

Por lo que respecta a las consecuencias que se derivan de la pérdida o deterioro de la cosa, el razonamiento es muy parecido. No se aplica el efecto indemnizatorio previsto en el artículo 1.298, sencillamente porque no se le

puede exigir al adquirente «responsabilidad» por pérdida de una cosa que entra en su patrimonio «debidamente». Esta consecuencia también se explica desde la lógica del enriquecimiento que subyace en la rescisión de los actos a título gratuito. Si la cosa se pierde no se produce el «enriquecimiento» (77). Sobre la base de estas consideraciones, el adquirente soporta la ineficacia pauliana sobre la cosa, pero no asume el riesgo de su pérdida o deterioro ni responsabilidad por culpa. Esta solución adquiere matices peculiares en el ámbito procesal. La demanda de impugnación actúa la responsabilidad (culposa o dolosa) por pérdida o deterioro de la cosa. Pero todavía el adquirente queda exonerado por los eventos dañosos fortuitos. En este momento no tiene obligación de restituir la cosa; o mejor dicho, aún no está obligado a soportar las consecuencias de la ineficacia pauliana. En fin, todavía no está en «mora». Sólo a partir de la sentencia condenatoria está vinculado a soportar sobre la cosa la satisfacción de las expectativas del acreedor. Y, por lo tanto, la oposición temeraria a esta consecuencia será el punto de partida de la responsabilidad morosa —por caso fortuito—.

Si el adquirente enajena la cosa a título gratuito, la ratio que justifica la ineficacia de la primera adquisición justifica igualmente la rescisión de la segunda. En el conflicto entre el perjuicio pauliano y el enriquecimiento del segundo adquirente, vuelve a prevalecer el interés del acreedor. Por el contrario, cuando la cosa pasa a manos de un subadquirente a título oneroso y de buena fe, las tornas cambian. La ineficacia no se puede hacer valer frente a un tercero protegido por mor de la seguridad del tráfico jurídico. La restauración jurídica del interés del acreedor sobre el bien —su valor de realización— se transforma en restauración en la medida del enriquecimiento neto del primer adquirente. Con tan buena condición —buena fe— no se le puede pedir nada más. De nuevo, la ratio de equidad y justicia que subyace en la ineficacia pauliana nos proporciona una medida moderada de su alcance. Surge, pues, una nueva acción —distinta de la estricta ineficacia— que tiene por objeto la utilidad patrimonial derivada de la enajenación. Para conseguir ajustar el alcance de la ineficacia al **enriquecimiento neto**, cabe recurrir a la acción *in rem verso*. Su ratio es compensar los desequilibrios patrimoniales derivados de actos válidos y eficaces (78). Y, por tanto, también puede medir el valor de compensación del perjuicio pauliano por el enriquecimiento obte-

(77) Vid. CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos», parte segunda, en *ADC*, 1988, pág. 94.

(78) Vid. MARÍN PADILLA, «La formación del concepto de subrogación real», en *RCDI*, 1975, pág. 1200 y sigs.

(79) JEREZ DELGADO (*Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit., págs. 175, 40-41, 134) ha resaltado la ratio de enriquecimiento subyacente en la caracterización de la acción pauliana.

nido por el adquirente (79). La referencia será, pues, el valor de «utilidad patrimonial», lo propio de una caracterización económica —neta— del enriquecimiento (80).

Y no se caiga en el error de predicar medidas «indemnizatorias» como efecto propio de la ineficacia. Esta ratio subyace en algunas soluciones legales en materia de rescisión. El artículo 1.295 habla del «causante de la lesión» y el 1.298 está pensando expresamente en la mala fe. Pero no se confundan los planteamientos: la responsabilidad por daños no encaja en la caracterización de la ineficacia pauliana que se hace valer frente a un adquirente de buena fe. Si se objetiva el fundamento conceptual y funcional de la rescisión frente a un tercero de tan buena condición sería una incoherencia no «objetivar» igualmente sus consecuencias según una ratio de equidad. El adquirente soporta la ineficacia sobre la cosa, sin desgaste patrimonial propio: no restituye los frutos, no responde por pérdida ni deterioro, tiene derecho al desembolso del valor de las impensas, y si enajena la cosa a un tercero, sólo le corresponde hacer frente al enriquecimiento neto... (81). Y esto nada tiene que ver con la responsabilidad por daños.

Ni tampoco se recurra con un criterio de generalidad al régimen posesorio (82). La buena fe del adquirente que soporta la rescisión incita a una asimilación inconsciente con el poseedor de buena fe. Pero la ratio particular de la ineficacia matiza las soluciones posesorias. Por ejemplo, la opción prevista en el artículo 453 del Código Civil debería invertirse en favor del adquirente en el ámbito de la acción pauliana. Los efectos restitutorios del cobro de lo indebido también están cerca de las consecuencias de la ineficacia pauliana, pero sin que se produzca una simetría perfecta de regímenes. El artículo 1.897 valora el enriquecimiento por el precio obtenido que puede no coincidir con el enriquecimiento neto (83). Los distintos puntos de partida

(80) El concepto de enriquecimiento neto subyace en algunos preceptos del Código Civil. El artículo 1.304 limita la obligación restitutoria del incapaz derivada de la invalidez negocial al «enriquecimiento». El artículo 1.158.3.º habla de restituir en la medida de la «utilidad». El artículo 1.186 concreta la restitución en los subrogados... Vid. CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos», parte segunda, en *ADC*, 1988, pág. 93 y 104 y sigs.

(81) En esta línea, LABANDERA Y BLANCO, *Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil...*, cit., pág. 182; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 428; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 200 y sigs; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores...*, cit., pág. 271.

(62) Un importante sector de nuestra doctrina predica la aplicación del régimen posesorio a la rescisión de adquisiciones gratuitas de buena fe. Así, CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 198; CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos...*, cit., pág. 1116 y sigs; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 432.

(83) Como explica CARRASCO PERERA (*Restitución de provechos, parte segunda...*, cit., pág. 99), si la cosa ha sido mejorada por el *accipiens*, el plusvalor se incluye en el precio; no obstante ello, el *accipiens* podrá descontar los gastos de mejora del precio a

conceptuales explican las respectivas especialidades. No se deduzca de todo ello un rechazo hacia una construcción que aglutine los principios fundamentales sobre los que se estructura la restitución de bienes y provechos en nuestro ordenamiento. Se aboga, pues, por una teoría general que sistematice la restitución: ineficacia negocial, rescisión en fraude de acreedores, cobro de lo indebido, resolución de contratos, revocación de donaciones... Creo en la necesidad de profundizar en esta línea, acertadamente abierta —y bien dibujada— por la doctrina (84), pero sin desconocer las peculiaridades de cada figura. En concreto, desde la propia caracterización conceptual y funcional de la ineficacia pauliana se obtienen derivativamente sus propios efectos, mayoritariamente coincidentes con el régimen de figuras afines, aunque con ciertas pinceladas de especialidad.

b) Ineficacia de los actos formalmente onerosos, pero materialmente perjudiciales

El régimen descrito para los actos a título gratuito y de buena fe se aplica igualmente a la rescisión de actos formalmente onerosos —con causa onerosa— pero materialmente perjudiciales en el sentido pauliano. Por ejemplo, ventas a un precio significativamente desproporcionando a la baja en relación al valor real o de mercado de la cosa. Aunque el adquirente sea de buena fe y el acto formalmente oneroso, se justifica la rescisión sobre la base del desequilibrio económico entre las contraprestaciones. También en este supuesto —al igual que en las donaciones o, en general, en los actos a título gratuito—, se produce un enriquecimiento del adquirente sin costes, o mejor dicho, a bajos costes, que justifica la ineficacia de la adquisición en interés del acreedor. Sólo una matización. El acreedor tendrá que devolver al adquirente el precio que pagó por la cosa, según la consecuencia prevista en el artículo 1.295. Pero no porque estuviese «obligado». Entre el adquirente y el acreedor no existe vínculo ni obligación previa alguna. La devolución se explica por razones de equidad: que, por una parte, justifica la ineficacia en interés del acreedor y de otra, modera sus consecuencias en interés del adquirente. El riesgo de la insolvencia del deudor se reparte, pues, entre uno y otro: aquél consigue cobrar sobre la cosa y a éste se le devuelve, al menos, lo que dio. Otra vez, pues, el balancín de consecuencias y efectos típico de la ineficacia pauliana.

restituir (arts. 1.898 y 453 del Código Civil). De esta manera se restituye el enriquecimiento efectivo. No obstante, existen otros gastos —como los de mediación— que por no recaer sobre la misma cosa no serán deducibles. En este caso, la restitución del precio no se corresponde con el enriquecimiento efectivo.

(84) En concreto nos referimos al trabajo de CARRASCO PERERA citado.

c) Ineficacia de los actos a título oneroso. La mala fe del adquirente

El conflicto pauliano no tiene fácil solución cuando el acreedor se ve las caras con un tercero que adquiere un bien o derecho del patrimonio del deudor a título oneroso. La seguridad del crédito es importante; pero también lo es la seguridad del tráfico jurídico. La economía —su desarrollo y crecimiento— se construye sobre el dinamismo patrimonial. Todo el sistema se paralizaría —se vendría abajo— si el adquirente a título oneroso no pudiera confiar en la estabilidad y seguridad de su adquisición. Sencillamente, si por el sacrificio económico en la adquisición se ofrece como moneda de cambio la rescisión en interés del crédito, lo más inteligente es quedarse quieto. Y esta quietud significaría el derrumbe del mercado de intercambios y al final, por desgaste del sistema económico, el de los propios créditos. No parece, pues, una buena opción de política socio-económica perturbar la tranquilidad de los adquirentes.

Pero todo este razonamiento se construye sobre la base de la buena fe que actúa como criterio moralizante —de justicia— en la composición de los intereses en juego. La insolvencia del deudor debe caracterizarse como un riesgo posible que ronda a los acreedores. Ni el deudor quiere o busca su insolvencia; ni tampoco el tercero que contrata con él. Los bienes patrimoniales entran en la dinámica del tráfico jurídico, se reinvierte lo obtenido —con buena o mala fortuna—, se vuelve a intentar... Y a las resultados de todo este «bien intencionado» trasiego están los acreedores. Si las cosas ocurren así, la insolvencia es un riesgo del acreedor. Porque no se puede permitir la rescisión de lo válido y eficaz y, además, oneroso y de buena fe.

Lo que ya no parece apropiado es permitir que bajo una aparente licitud formal —negocial— se construya interesadamente —de mala fe— la insolvencia.

Es fácil que el deudor caiga en la tentación de ocultar bienes de su patrimonio para eludir la actuación ejecutiva de sus acreedores. Y con la mirada puesta en ello, se desprende de los bienes «localizables» a cambio de otros de fácil ocultación, sobre todo, dinero. Para reforzar el buen fin de la maniobra fraudulenta se busca la colaboración del tercer adquirente de los bienes, que bien coparticipa en la organización del fraude o bien conoce la intención del deudor. Entonces, el concepto buena/mala fe actúa como mecanismo de recomposición de los intereses en juego, y con una ratio de justicia material que cala más allá de la formal licitud negocial, se rescinde la operación de vaciado patrimonial. La actitud subjetiva del tercero —la mala fe— valorada desde una ratio de equidad en favor del interés del acreedor, justifica la ineficacia de la adquisición válida y eficaz.

La recomposición de los intereses en juego debe hacerse con cierto cuidado, valorando en su justa medida la intervención del tercero en la operación

fraudulenta. Se pueden distinguir distintos grados de implicación que merecen un tratamiento particularizado a los efectos de establecer el alcance de la ineficacia. No es lo mismo conocer simplemente la actitud fraudulenta del deudor que participar directamente en la ocultación de los bienes.

Empecemos por la típica situación fraudulenta. El deudor organiza la insolvencia en coparticipación con un tercero implicado en la ocultación de los bienes. La operación tiene dos momentos. El formal o negocial, a través del cual se saca del patrimonio del deudor un bien que sin problemas podría ser realizado para el cobro y se consigue dinero u otro bien de fácil ocultación. Y en un segundo momento, el dinero se pone a buen recaudo, lejos de las garras de los acreedores. En definitiva, el negocio prepara la insolvencia y la ocultación del dinero la remata.

Esta distorsión patrimonial se corrige, precisamente, con la rescisión del negocio que da ocasión al perjuicio pauliano. De esta manera, el acreedor puede cobrar sobre el bien de posible realización y satisface sus expectativas. La ineficacia borra las consecuencias del ilícito. Pero todavía podemos llegar más lejos si nos situamos en el ámbito de la responsabilidad civil. Y podemos hacerlo sobre la base de la actuación fraudulenta *ex* artículo 1.902 del Código Civil. Entonces los efectos de segundo grado de la ineficacia —restitución de provechos, responsabilidad por pérdida o deterioro...— se resuelven con cierta comodidad. Se colocan en la partida del daño emergente o del lucro cesante. En general, en las coordenadas del sistema de responsabilidad, se puede pretender la indemnización de todos los daños ocasionados al acreedor.

La acción de ineficacia y la de responsabilidad coinciden en el remedio del perjuicio pauliano. Pero el círculo estricto de la ineficacia se construye en torno al bien sustraído del patrimonio del deudor. No debe olvidarse que la ineficacia persigue la reposición de la situación jurídica violada, y esto se concreta realizando las expectativas del acreedor ilícitamente frustradas sobre la cosa arrebatada de la garantía patrimonial. Que las expectativas del acreedor se realicen —por economía jurídica— en el patrimonio del tercer adquirente, no incide en la esencia del régimen rescisorio. La satisfacción del crédito sobre la cosa constituye, pues, el núcleo puro de la ineficacia. A partir de aquí surgen derivativamente cuestiones conexas con el destino de la cosa: la restitución de los provechos o la indemnización del valor en el supuesto de pérdida o deterioro. Estos perjuicios derivados se pueden traducir en daños indemnizables con arreglo a criterios subjetivos de responsabilidad: se le imputa el perjuicio pauliano ocasionado fraudulentamente. Esta es la ratio indemnizatoria subyacente en los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil.

En fin, en el supuesto de actuación fraudulenta del tercer adquirente, la ineficacia trasciende la estricta «restauración jurídica» hasta alcanzar la indemnización de daños.

Desde la misma perspectiva hay que valorar el comportamiento doloso —fraudulento— del tercero que recibe la cosa a título gratuito. Siempre que existe intención directa de ocasionar el daño ajeno —la insolvencia—, las consecuencias de la ineficacia se extienden más allá de la mera restauración jurídica —ineficacia del acto fraudulento— hasta alcanzar la responsabilidad por daños.

El enfoque varía sustancialmente si se rebaja el grado de participación de la complicidad fraudulenta —coautoría— a una implicación meramente cognoscitiva. El tercero que con conocimiento de causa del proyectado fraude adquiere el bien del patrimonio del deudor —favoreciendo el perjuicio pauliano— asume el riesgo de la ineficacia. Soporta la satisfacción de las expectativas de cobro del acreedor sobre la cosa o el valor que representa el enriquecimiento obtenido con ella. Por ejemplo, el precio de enajenación. Esto significa la estricta restauración jurídica de la insolvencia ajena, concretada en el enriquecimiento bruto —objetivo— por razón de la cosa. No se le puede pedir menos —enriquecimiento neto—, porque tiene mala fe. Pero tampoco se le puede pedir más —garantizar el valor de la cosa— porque ni está obligado a la restitución ni es responsable. Nos explicamos.

Respecto al adquirente de buena fe se ha predicado la ineficacia pauliana en la medida del enriquecimiento neto, valorado según criterios subjetivos vinculados a la efectiva repercusión económica —ventaja, provecho, utilidad...— que haya ocasionado en su patrimonio la cosa. En razón de la buena fe, la lógica de la indemnidad patrimonial se superpone a la lógica del enriquecimiento. El adquirente puede alegar que lo recibido ha provocado un desgaste del propio patrimonio y descontar todos aquellos desembolsos realizados por la confianza en la permanencia de la cosa en el mismo. Esta ratio informa igualmente el alcance de la restitución en el caso de enajenación del bien a título oneroso. El adquirente soporta la ineficacia en la medida en que se «hubiese enriquecido con el precio obtenido». La buena fe subjetiviza, pues, la medida de la ineficacia. El adquirente de mala fe, en cambio, no está especialmente protegido por la ratio del principio de indemnidad. Soporta la ineficacia pauliana bajo la estricta lógica del enriquecimiento objetivo. La ineficacia se concreta en la cosa, con independencia del provecho realmente experimentado. El adquirente no puede alegar el desgaste patrimonial ocasionado en tenencia del bien. Y en el supuesto de enajenación, la ineficacia se concreta en el precio obtenido, con independencia de la repercusión particular que haya provocado en el patrimonio del enriquecido (85).

(85) La doctrina ha sabido resaltar la especialidad de los distintos supuestos de ineficacia de los actos jurídicos (invalidéz negocial, revocación, rescisión, resolución...). Cada tipo de ineficacia responde a cuestiones y principios propios. Y precisamente por ello, los respectivos regímenes restitutorios también tienen que concebirse de forma par-

La ineficacia frente al adquirente de mala fe se hace más estricta, aunque siempre dentro de la lógica del enriquecimiento, sin alcanzar a garantizar el valor de la cosa. Ni siquiera el deudor —primer implicado en la satisfacción de las expectativas de cobro— tiene el deber jurídico de mantener la garantía patrimonial o su valor. No incurre en responsabilidad por la pérdida «culposa» de los bienes del patrimonio o de los beneficios obtenidos con ellos. Menos aún asume el riesgo de pérdida fortuita. Incluso el deudor, que sabe que es insolvente, puede disponer de sus bienes de forma válida y eficaz, sin incurrir en responsabilidad por culpa ni asumir los infortunios patrimoniales. El momento de la prohibición de disponer llega después en la situación concursal formalmente declarada. Por consiguiente, exigir al adquirente de mala fe la restitución del valor significaría imputarle más responsabilidad y riesgo que al propio deudor por la gestión patrimonial lícita. Quede claro, pues, que una cosa —lo que se predica— es objetivar la medida del enriquecimiento, y otra cosa particularmente distinta —extrema— trasvasar la lógica de la ineficacia pauliana desde el enriquecimiento a la responsabilidad por pérdida de la cosa. Sólo en el caso de actuación intencional en fraude de acreedores cabe la restitución del valor del bien ilícitamente enajenado en concepto de responsabilidad. Pero esto es ya indemnización de daños, y no propiamente restauración jurídica del perjuicio pauliano.

La solución propuesta permite matizar las consecuencias de la mala fe. El que prepara y culmina el fraude es el deudor: él es quien, en definitiva, actúa ilícitamente; y sobre él pesa la responsabilidad. En cambio, la actitud del tercero es distinta: conoce la actitud fraudulenta ajena —del deudor— y pese a ello adquiere el bien sobre el que podía satisfacer su interés el acreedor. Se implica, por tanto, de otra manera en el perjuicio pauliano: asume el riesgo de la ineficacia sobre la cosa o sobre el enriquecimiento subrogado. Pero como, en definitiva, es de mala fe, no está protegido por el principio de indemnidad patrimonial.

En fin, el elemento subjetivo que justifica la ineficacia de los actos a título oneroso abarca la actitud cognoscitiva y la fraudulenta. Son la llave maestra de la rescisión. Pero, al mismo tiempo, la actitud subjetiva incide en el alcance de la ineficacia: según el grado subjetivo de implicación varía la medida

ticularizada. Se producen, claro está, coincidencias de régimen jurídico pero, en definitiva, es la naturaleza de los intereses implicados en cada una de las hipótesis de ineficacia la que debe marcar el alcance de la medida restitutoria. Lo que sí se puede apreciar en nuestro ordenamiento es una ratio generalizada de protección de la buena fe (en la intromisión o gestión del patrimonio ajeno, en la adquisición de bienes...) que se concreta en la moderación de la medida restitutoria. Vid. BASOZABAL ARRUE, *El enriquecimiento injusto por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, pág. 246 y sigs.; CARRASCO PERERA, *Restitución de provechosos...*, cit., pág. 92 y sigs.; ALVAREZ-CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989, pág. 157 y sigs.

restitutoria. El fraude significa una actuación ilícita que justifica, además de la ineficacia, la indemnización de daños en concepto de responsabilidad.

Una última puntualización sobre el alcance de la ineficacia pauliana respecto al adquirente a título oneroso y de mala fe, entendida ésta, ahora sí, en un sentido amplio que abarca tanto la actitud subjetiva fraudulenta como la meramente cognoscitiva del perjuicio ajeno. Pues bien, la mala fe desmerece la condición jurídica del adquirente según lo previsto en el artículo 1.306 del Código Civil. El concepto de «*causa torpe*» puede ser interpretado cómodamente —sin contradecir la tradición histórica y legislativa del precepto— como actitud subjetiva contraria a derecho en razón a los motivos o finalidades que persigue. Precisamente la actitud que se reconoce en el adquirente de mala fe. Con esta ratio interpretativa, se predica que el adquirente sea privado frente al acreedor del derecho a exigir la restitución de lo que dio cambio de la atribución patrimonial recibida del deudor (86). La onerosidad de la atribución no puede hacerse valer por quien actúa «torpemente». Como expresa CRISTÓBAL MONTES: «Parece que el mínimo castigo patrimonial que debe tener su torcido comportamiento ha de consistir, al menos, en que pierda aquello que entregó a cambio de los bienes malhabidos» (87).

El castigo del adquirente de mala fe se duplica si se sigue aplicando la lógica estricta del párrafo primero del artículo 1.306 del Código Civil. Se ve privado de toda pretensión restitutoria no sólo frente al acreedor, sino también frente al deudor, cuya conducta ha sido igualmente torpe. Esta consecuencia nos parece, sin embargo, extrema en atención a los intereses implicados en el conflicto. En la relación interna: deudor-adquirente, debe enjuiciarse de nuevo el grado de implicación respectivo en los hechos que determinan el perjuicio pauliano. Y en el supuesto en que el deudor hubiese actuado fraudulentamente y el adquirente sólo haya tenido conocimiento del perjuicio ajeno, parece de justicia hacer equivaler la situación a la prevista en la regla segunda del artículo 1.306: considerando sólo la mala fe del deudor. Con ello se evita la sinrazón jurídica de hacer recaer sobre el adquirente las consecuencias negativas de la ineficacia, exonerando de responsabilidad al deudor que, al fin y al cabo, es quien consume y se beneficia del perjuicio pauliano. La pretensión restitutoria del adquirente deviene, sin embargo, en la práctica más formal que real porque se hace valer frente a un deudor insolvente.

(86) Aunque el artículo 1.306 del Código Civil exige que la situación existente entre las partes sea de carácter contractual y el contrato adolezca de nulidad, la doctrina admite la posibilidad de aplicar también la regla a los casos de atribuciones patrimoniales que no sean estrictamente contractuales o a las que no quepa referir la idea de nulidad. Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1993, pág. 454; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pág. 443.

(87) CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 197.

Hasta aquí la caracterización conceptual y funcional de la ineficacia pauliana. Hemos conseguido llegar a una ineficacia de ratio objetiva, articulada en torno al perjuicio del crédito. Y, al mismo tiempo, respetuosa de los intereses afectados por la rescisión del acto perjudicial. Se rescinden los actos gratuitos, pero con consecuencias moderadas para el adquirente. Y la rescisión de «lo oneroso» presupone la implicación subjetiva del adquirente en el perjuicio pauliano: participación en el fraude o conocimiento del perjuicio pauliano. En este sentido, se puede seguir hablando de subjetivismo en la rescisión. Aunque también aquí se matiza el alcance de la ineficacia, según el grado de implicación. Pero insistimos, el punto de partida se ha objetivado desde el fraude hasta el perjuicio. Y esto ha permitido repensar dogmas tradicionales que ahogaban a la acción pauliana, privándola de una buena parte de su potencial funcional. Por último, para alcanzar el objetivo de este trabajo, tenemos que plantearnos la relación de parentesco entre la ineficacia pauliana y las acciones de impugnación previstas en los artículos 879 y siguientes del Código de Comercio. Y la posibilidad de reconstruir la reintegración de la masa de la quiebra sobre bases próximas a las descritas, desterrando la disfuncional nulidad del artículo 878 del Código de Comercio definitivamente del ámbito concursal. Ello está en la línea de las propuestas doctrinales (88) y de política legislativa (89).

II. NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN MATERIA DE REINTEGRACION DE LA MASA DE LA QUIEBRA: DE LA NULIDAD A DERIVADOS CONCEPTUALES DE LA RESCISION PAULIANA

1. RELACIÓN DE PARENTESCO ENTRE LA ACCIÓN PAULIANA Y LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 879 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Es opinión doctrinal común la caracterización de estas acciones concursales como manifestaciones particulares de la ineficacia pauliana. Responden a una misma ratio: rescindir actos válidos en interés de los acreedores. Teniendo en cuenta, al mismo tiempo, el interés del tercero afectado por la ineficacia, graduando el alcance de las consecuencias según la naturaleza del acto rescindible. Además, la objetivación dialécticamente predicada para la inefi-

(88) SANCHEZ GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 242 y sigs.

(89) En particular, tomaremos como punto de referencia comparativo la última aportación a la materia: la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal redactada por el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, año L, suplemento al número 1768, de 15 de febrero de 1996.

cacia pauliana deviene expresamente prevista en el ámbito concursal: bien eludiendo la mención al fraude (art. 879 del Código de Comercio) bien reputando fraudulentos determinados actos de forma definitiva (art. 880 del Código de Comercio).

En fin, estas acciones son derivados conceptuales de la acción pauliana. Y con pequeños retoques funcionales de su actual delimitación legal pueden suplir las disfunciones que la nulidad ha ocasionado en materia de reintegración de la masa de la quiebra.

2. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA DE LA QUIEBRA: INEFICACIA CARACTERÍSTICA

Para establecer la relación de parentesco entre la ineficacia pauliana y la concursal, basta con repensar una vez más la realidad jurídica sobre la que se construye la reintegración de la masa de la quiebra. Se pretende rellenar las arcas concursales con bienes que han salido del patrimonio del deudor, provocando un perjuicio a los efectos concursales.

La reintegración mira desde la actual situación de déficit o crisis patrimonial hacia atrás. Persigue la rescisión de los actos de administración o disposición realizados por el deudor «perjudiciales» para los intereses concursales en un doble sentido: bien el acto provoca o influye en la situación de insolvencia en relación concausal con otros actos perjudiciales; bien el acto se realiza en la situación de insolvencia, ya de hecho consumada, y significa una disminución de la garantía patrimonial o un privilegio a uno de los acreedores de la insolvencia que perjudica al resto de los acreedores concurrentes en el interés de cobro paritario (*par conditio creditorum*). Se predica, pues, un concepto amplio de perjuicio concursal que matiza los planteamientos tradicionales en los que la reintegración se vincula al «estado de insolvencia» (90).

(90) Esta tendencia a vincular conceptualmente la reintegración con el «estado de insolvencia» se aprecia abiertamente en MASSAGUER FUENTES (*La reintegración de la masa en los procedimientos concursales...*, cit., pág. 14): «En definitiva, no es posible que la reintegración, como expediente concursal y en tanto expediente concursal, alcance a negocios jurídicos concluidos fuera del período en el que el deudor era insolvente». El planteamiento es general en la doctrina que por lo común relaciona la reintegración con un concepto puntual de la situación de déficit patrimonial. La ineficacia concursal se refiere a los actos perjudiciales realizados en un período «próximo a quebrar» —período de retroacción— para hacer coincidir la situación de derecho con la de hecho; lo que otros plantearían como la retroacción del «momento judicial» al «momento de la insolvencia». Con ello, se salva la «integridad del patrimonio deficitario» llamado a repartirse paritariamente entre los acreedores. En esta línea de pensamiento, vid. SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., págs. 223-224. No obstante, se conocen planteamientos doctrinales más cercanos a una concepción globalizante del proceso de la insolvencia. Por ejemplo, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (*Introducción al sistema...*, cit., págs. 38-39 y 87) habla de los «momentos sucesivos» de la insolvencia, y en ello está implícita la idea de proceso.

El punto de partida conceptual debe ser un concepto de insolvencia globalizante del proceso complejo de crisis patrimonial. Esta caracterización permite extender, sin rozamientos dogmáticos, el ámbito de la ineficacia a los actos mediatamente perjudiciales para los intereses concursales. La reintegración no persigue sólo hacer coincidir la insolvencia de hecho con la judicial a los efectos de «mantener» la garantía patrimonial para repartir entre todos los acreedores lo poco que queda. También persigue sanear las arcas de la masa concursal. Y para ello hay que mirar por detrás de la situación de déficit patrimonial en busca de sus causas para rescindir el acto mediatamente perjudicial. La «puntual» situación de insolvencia se caracteriza como el resultado perjudicial de concausas interactuantes: actos a título gratuito, actos oneroso con contraprestaciones materialmente desequilibradas, actos intencionados de evasión de patrimonio... La vinculación funcional de la reintegración con la insolvencia se concibe, por tanto, **directa** —con la situación de insolvencia— e **indirecta** —con el conjunto de actos que la motivan—. La reintegración de amplio alcance dibujada sufre después recortes por mor de la seguridad del tráfico jurídico. Pero una cosa es limitar justificadamente el desenvolvimiento funcional de la reintegración para proteger los intereses de los terceros afectados por la ineficacia. Y otra cosa distinta —equivoca— predeterminar el alcance de la ineficacia a los actos vinculados a un concepto «terminal» de la insolvencia.

Nuestro trabajo tiene precisamente por objeto la caracterización de la ineficacia de los actos de enajenación en torno a los cuales se concreta en general el perjuicio indirecto. La ineficacia de los actos solutorios exige otro esfuerzo de caracterización donde queden marcados sus perfiles netos. En un caso, se trata de «sanear» las arcas concursales haciendo valer la ineficacia frente a un tercero ajeno a la insolvencia (adquirente). En el otro, la ineficacia es una cuestión entre acreedores directamente implicados en la insolvencia según las reglas de cobro concursales. Las lógicas subyacentes son, pues, distintas. No obstante ello, las respectivas particularidades resaltan por contraste. He aquí por qué a lo largo de la exposición nos veremos obligados a reforzar el estudio de la ineficacia de los actos de enajenación con algunas reflexiones paralelas sobre la ineficacia de los actos solutorios.

La ratio de la ineficacia de los actos de enajenación sigue siendo la misma que en la acción pauliana: el perjuicio de las expectativas de cobro. Se rescinden actos válidos y eficaces para posibilitar el cobro de los créditos.

Este punto de partida conceptual permite extender cómodamente el ámbito objetivo de la ineficacia concursal a los actos mediatamente perjudiciales: se alcanza sin ninguna contradicción dogmática más allá de la puntual situación de insolvencia —judicial o de hecho— en busca de bienes que han salido del patrimonio del deudor ocasionando «indirectamente» perjuicio concursal. Se aboga, pues, por un estiramiento dialéctico del concepto de insolvencia desde el efecto a las causas.

La ineficacia se concibe funcionalizada al servicio de los acreedores. Es **«relativa»**: sólo ellos pueden hacerla valer por razón del perjuicio concursal, y no para proteger un interés negocial neto. En esto se diferencia la ineficacia de la anulabilidad. La primera actúa sobre actos perjudiciales. Tiene como fundamento y límite el perjuicio concursal. La segunda, en cambio, significa la impugnación del acto negocial y sus efectos obligacionales.

La ineficacia concursal se caracteriza, por consiguiente, como **«limitada»** en sus efectos: no se cuestiona la «invalidez» del negocio, ni tampoco la eficacia jurídico-real del acto de disposición. Sólo se quiere la rescisión en interés de los acreedores.

La técnica sobre la que se construye la ineficacia concursal es la «impugnación» del acto perjudicial. No se puede fingir que el acto no existe e ignorar sin más sus efectos. Para evitar las consecuencias perjudiciales hay que oponerse a la validez y eficacia del acto. La ineficacia no funciona *ope legis* como la inoponibilidad. Requiere, por el contrario, la impugnación judicial. La legitimación impugnatoria la tienen los síndicos que sustituyen a la colectividad de los acreedores en la gestión de los intereses concursales (91). Pero quede claro que la impugnación se caracteriza como un derecho o facultad potestativa de los acreedores de la insolvencia que, por razones de organización y eficacia concursal, se ejercita por los síndicos en sustitución de aquéllos.

Esta caracterización sitúa a la ineficacia concursal en el ámbito de la rescisión, y no tiene razón de ser seguir hablando de «nulidad». Y mucho menos recurrir a explicaciones tan forzadas como «el alcance retroactivo de la incapacidad para disponer del quebrado».

La misma tendencia hacia una ineficacia característica al servicio de los intereses concursales se manifiesta en la doctrina (92) y en los trabajos de política legislativa, y, particularmente, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal redactada por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. En este importante trabajo se opta por articular la reintegración de la masa de la quiebra como una impugnación de actos perjudiciales. Sólo dos objeciones, poco más que terminológicas, a los planteamientos de la Propuesta. La impugnación se caracteriza como una facultad o derecho potestativo de los acreedores y no como una obligación de la que habla el artículo 90 en su rúbrica. Otra cosa distinta es que los síndicos de la quiebra estén obligados a promover el interés de los acreedores y que incurran en responsabilidad frente a los mismos si su actuación es negli-

(91) Nos parece acertado el planteamiento doctrinal que reconduce la legitimación de los síndicos de la representación a la sustitución; vid. EMILIO BELTRÁN, *Las deudas de la masa...*, cit., pág. 100 y sigs.

(92) MANZANA LAGUARDA, «En torno a la retroacción de la quiebra», en *Documentación Jurídica*, 1981, núms. 29-32, pág. 323; JIMÉNEZ ESCARZAGA, «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», en *RDM*, 1958, pág. 72; SANCHE GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 242 y sigs.

gente. Por otra parte, la impugnación se fundamenta en el perjuicio y no en la ilicitud del acto. Se trata de integrar la masa activa con bienes y derechos que han salido «debidamente» del patrimonio del deudor, pero que ocasionan perjuicio a los acreedores. En este sentido quizá no sea del todo acertada la caracterización del artículo 90 sobre el objeto de la revocación: «...bienes y derechos que **indebidamente** hubiesen salido del patrimonio del deudor». Mantener los límites entre «lo perjudicial» y «lo indebido» ayuda a sanear conceptual y funcionalmente la ineficacia concursal.

3. EL PERJUICIO CONCURSAL

La concurrencia concursal de acreedores incide en la forma de entender la categoría rescisoria y de organizar sus efectos. En primer lugar, nos vamos a ocupar de caracterizar el «perjuicio concursal», ratio funcional de la ineficacia. Y después del alcance y consecuencias de la rescisión, desde la doble perspectiva de los acreedores organizados concursalmente y de los terceros adquirentes.

El perjuicio pauliano y el concursal se caracterizan por la repercusión negativa —«perjudicial»— del acto de disposición del deudor sobre las expectativas de cobro. El acto ocasiona una disminución o desvalorización de los bienes disponibles para satisfacer los créditos adeudados. La insolvencia entendida como situación patrimonial deficitaria es, pues, el punto de referencia común de la ineficacia pauliana y la concursal. No obstante, en el ámbito pauliano, el perjuicio se puntualiza en el acto rescindible. El acto es perjudicial porque provoca la insolvencia. En cambio, en el ámbito de la quiebra, la propia dinámica de los patrimonios empresariales desdobra la forma de entender la insolvencia y la relación causal con los actos perjudiciales. La insolvencia se concibe dinámicamente como un proceso complejo de concausas interactuantes y de forma estática como situación final deficitaria. Por ende, la relación de un acto de disposición o administración con la insolvencia puede ser indirecta o directa. En el proceso hacia insolvencia, la conexión causal entre el acto y su incidencia perjudicial sobre las expectativas concursales se valora con un criterio globalizante propio de una concepción derivativa, no puntual. Los actos de disposición o administración **anteriores** al estado de quiebra que se traduzcan en una disminución de medios o bienes de la garantía patrimonial son impugnables. Porque «indirectamente» han provocado la actual insolvencia. Cuando la situación de insolvencia se ha consumado, cualquier acto de disminución o desvalorización de la masa activa concursal es «directamente» perjudicial. En definitiva, la relevancia perjudicial del acto se concreta en una disminución —directa o indirecta— de la garantía patrimonial del deudor, o si se prefiere, de la masa activa concursal. Quede claro,

sin embargo, que no se predica un concepto meramente económico del perjuicio concursal desvinculado causalmente de la insolvencia. Lo que se defiende es una noción de causalidad generosa que alcance el perjuicio mediato: «de la causa a la concausa».

Estos planteamientos concursales —propios de patrimonios complejos y dinámicos— han influido en la forma de entender el perjuicio pauliano. Ya hemos tenido ocasión de referirnos a la evolución de criterio desde una relación cerrada y puntual del acto rescindible con la insolvencia —la provoca— a una mucho más abierta: el acto rescindible influye en la insolvencia. En este sentido se habla de «perjuicio virtual». Todo ello es consecuencia de la progresiva mercantilización del ámbito civil, cada vez más dinámico y complejo.

Concretemos ahora todo este planteamiento conceptual en relación a los distintos tipos de actos rescindibles. Los actos a título gratuito realizados por el deudor en situación de insolvencia —de hecho o de derecho— significan un perjuicio directo a los intereses concursales en cuanto disminuyen la garantía patrimonial. Pero también los realizados antes de la situación de insolvencia son mediatamente perjudiciales. Provocan un empobrecimiento de la garantía patrimonial que de forma indirecta repercute en la situación patrimonial deficitaria.

La onerosidad en el intercambio excluye aparentemente el perjuicio concursal. Se produce sólo una alteración de la garantía patrimonial que consiste en la modificación de uno de sus elementos: sale un bien y entra dinero; se permuta una cosa por otra; o en la operación de descuento bancario, la concreta letra descontada se intercambia por dinero o por una anotación contable del abono en la cuenta corriente del cliente (93)... No obstante las apariencias, la onerosidad del acto —reciprocidad de contraprestaciones— no excluye la posibilidad de perjuicio. Basta con repensar los planteamientos que hemos mantenido en el ámbito de la «rescisión pauliana». Primero: hay que indagar más allá de la onerosidad formal del acto, valorando, en concreto, la equivalencia material de las contraprestaciones. Lo relevante es la onerosidad material. En la medida en que se produzca una desproporción significativa entre el valor de las «recíprocas» prestaciones, el acto es rescindible. El criterio de concreción del perjuicio puede ser el previsto en el artículo 1.291.1.º del Código Civil en materia de rescisión por lesión. Un acto que represente una lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas, significa un perjuicio económico relevante para los intereses concursales. Y ante todo, debe tenerse en cuenta el alcance global de la operación jurídica: los pros

(93) Sobre la onerosidad de la operación de descuento bancario, vid. RECALDE CASTELLS, «Retroacción de la quiebra y cuenta corriente bancaria», en *La Ley*, 1992-4, pág. 219 y sigs.; FINEZ RATÓN, «Comentario a la STS de 19 de diciembre de 1991», en *CCJC*, 1992, ref. 741, pág. 175.

—ventajas— y los contras —sacrificios— y compensadamente concretar su naturaleza lesiva o no. Segundo: la onerosidad material del acto tampoco excluye de forma definitiva el perjuicio. Cabe que del patrimonio del deudor salga un bien perseguible y realizable —por ejemplo, un inmueble— y como contraprestación entre un bien de fácil ocultación —dinero—. También aquí existe perjuicio para los acreedores en la medida en que se posibilita indirectamente la vulneración de la garantía patrimonial que el deudor se ocupa de consumir.

Con este planteamiento —próximo a la caracterización del perjuicio pauliano— se obtiene una ineficacia de amplio alcance. Con un criterio de causalidad generoso —relación inmeditata o mediata— se valora la incidencia económica negativa del acto sobre la garantía patrimonial del deudor.

No obstante ello, la categoría de la rescisión no es una panacea jurídica para los males concursales. La inercia jurídica hacia la consolidación de lo válido y eficaz impone ciertos límites temporales en la impugnación de los actos perjudiciales. Si un acto conforme a derecho —válido y eficaz— tiene cierto tiempo, hacen falta buenas razones para hacerlo ineficaz. Pero si es un acto de una considerable antigüedad, está ya tan consolidado en la realidad jurídica que más vale desconocer el interés de los acreedores y dejar las cosas como están. Se necesitaría demasiado esfuerzo jurídico para remover una situación tan arraigada y que, incluso, ha derivado ya en otras situaciones jurídicas. Además, habría que emplear otro tanto de energía para reparar los efectos perturbadores de la ineficacia en el tráfico jurídico. El desgaste jurídico, e incluso, económico, sería desproporcionado (94). Mejor, por tanto, limitar con plazos temporales razonables la impugnación de lo válido y eficaz. Cuáles sean en concreto estos límites —el plazo general de cuatro años de la rescisión pauliana u otros especiales— es una cuestión de política jurídica. Pero lo que sí parece propio es caracterizar el plazo de impugnación como de caducidad (95).

Más polémica suscita el *dies a quo* para el cómputo del plazo. Como hipótesis conceptual cabe optar entre un planteamiento objetivo que toma como referencia el momento en que la acción puede ejercitarse o por un criterio subjetivo que tiene en cuenta el momento cognoscitivo del perjuicio: cuando efectivamente se conoce o se haya podido diligentemente conocer. La

(94) En esta misma línea de pensamiento cabe reinterpretar el alcance del plazo de retroacción. Así también, mirando atrás, el plazo de retroacción no significa que desde tal fecha todo sea rescindible, sino que sólo merece (jurídicamente) la pena indagar la rescindibilidad de actos onerosos desde tal fecha.

(95) De la ratio de otorgar seguridad y fijeza a las situaciones jurídicas conformadas según derecho, se desprende la caducidad de la acción. Vid. por todos, JORDANO FRAGA, «El *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o pauliana (con motivo de jurisprudencia reciente)», en *RCDI*, 1995-I, pág. 91.

dicotomía de criterio se plantea también en el ámbito de la acción pauliana donde la opinión doctrinal común y la jurisprudencia interpretan el artículo 1.969 del Código Civil con una ratio objetiva (96). El *dies a quo* es el momento de realización del acto que es cuando se verifica el perjuicio pauliano, y nace la acción dirigida a repararlo. No obstante, se conocen decisiones jurisprudenciales que computan el plazo desde el momento cognoscitivo, respaldadas por el criterio de un sector de la doctrina (97).

Lo que subyace detrás de las distintas opciones es la tendencia a proteger preferentemente a uno de los intereses implicados en la rescisión. La postura objetiva mira fundamentalmente hacia la protección de la adquisición válida y eficaz. Por esto —para otorgar certidumbre a las situaciones jurídicas conformadas según derecho— el plazo de caducidad tiene un punto de referencia fijo. Existe un período de pendencia en que lo válido puede devenir ineficaz. Pero pasado un tiempo —cuatro años— el acto es inatacable.

El planteamiento subjetivo se inclina, por el contrario, hacia el interés del acreedor y con un criterio de justicia-lógica se refiere a la posibilidad de impugnación: para poder impugnar un acto perjudicial, el acreedor tiene que conocer su existencia o haberla podido diligentemente conocer.

La confrontación de criterios e intereses se reproduce en el ámbito concursal. Para fijar el punto de inflexión del acto perjudicial, hay que optar entre el momento de apertura del procedimiento concursal —que es el momento de indagar o verificar el carácter perjudicial del acto: cuando objetivamente se puede ejercitar la acción— y el momento del conocimiento, concretado en los síndicos de la quiebra como gestores de los intereses concursales. Con lo primero se da fijeza a las situaciones jurídicas conformadas según derecho, y con lo segundo se posibilita la restauración del perjuicio concursal. Mi opinión al respecto es la siguiente: la ineficacia concursal en su desenvolvimiento funcional significa nada más y nada menos que la rescisión de lo válido y eficaz. Y esta consecuencia se hace valer, incluso, frente a un tercero de buena fe. Se puede decir de forma expresiva que la ineficacia se impone a la «fuerza», sin consideraciones subjetivas. Como moneda de cambio parece lógico ofrecer cierta seguridad y certidumbre; a partir de un período de tiempo, legalmente fijado, el acto deviene definitivamente eficaz. Desde luego que para el interés concursal es más ventajosa la opción cognoscitiva (98). Pero

(96) Vid. MORENO QUESADA, *Comentario al Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, Madrid, 1991, pág. 540; DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 227; ALBALADEJO, *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XV-1, Madrid, 1989, pág. 983.

(97) Así, JORDANO FRAGA, «El *dies a quo* para el cómputo de la acción revocatoria o pauliana...», cit., pág. 99 y sigs.

(98) Defendida por SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 275 y sigs.

la especialidad de la rescisión concursal consiste en compensar los intereses en juego: hay que dar una de cal y otra de arena. Corresponde, pues, la ineficacia de lo válido y eficaz pero con consecuencias moderadas para el adquirente. Esta postura subyace, incluso, en el propio planteamiento subjetivo que mide el conocimiento con el baremo «objetivo» de la diligencia. Con esta fórmula, las distancias con el punto de vista netamente objetivo se pueden acortar tanto como se quiera. Basta con estirar el rigor de la diligencia exigible hasta donde sea necesario.

Si el tercero participa de mala fe en el perjuicio concursal, la ratio del planteamiento objetivo cae por su base. Se produce un cambio de tornas, mirando hacia los intereses concursales para fijar el *dies a quo*: desde que se tuvo conocimiento del acto perjudicial. El criterio subjetivo tiene una importante referencia legal en la acción de responsabilidad civil extracontractual (art. 1.968.2.º del Código Civil). Y la mala fe concursal es una actitud subjetiva próxima a los criterios de imputación de responsabilidad. Por una parte, el conocimiento del perjuicio concursal no es actitud subjetiva reprochable en sí misma considerada —no es culpa—, pero de forma mediata significa la asunción del riesgo de la ineficacia, afín en su caracterización conceptual a la asunción de riesgos negociales. Y de otra parte, la mala fe en su versión fraudulenta se identifica con el «dolo bueno». Cabe, pues, el paralelismo de consecuencias.

El perjuicio concursal no sólo se concreta en los actos que provocan u ocasionan la insolvencia. Además se diversifica en otra forma: el pago improcedente a un acreedor de la insolvencia. En la situación de déficit patrimonial del deudor, lo poco que queda debe repartir entre todos los acreedores según el principio *par conditio creditorum*. Por tanto, el abono de una deuda —aunque esté vencida y sea exigible— es perjudicial para los intereses concursales si vulnera la distribución igualitaria. Desde la misma ratio de respeto hacia el orden concursal de los créditos, se desprende perjuicio si el pago vulnera un privilegio preexistente (99).

En materia de pagos, el perjuicio concursal sí presupone conceptualmente la insolvencia. Sólo cuando no hay suficientes para todos, se actúa la ley del dividendo. Pero entiéndase que, a estos efectos, el momento relevante no es la insolvencia declarada formalmente —sólo a partir de la misma se impugnan los actos solutorios— sino la situación de insolvencia de he-

(99) Como aclara SATTÁ: «La concursalidad de un procedimiento implica que la consecuencia de la crisis económica de la empresa, esto es, la insatisfacción de los acreedores, sea reparada mediante una regulación igual para todas las relaciones (*par conditio creditorum*), salvo, naturalmente, las causas legítimas de prelación, es decir, que las relaciones se presenten ya al concurso como desiguales». Cita de SATTÁ recogida por GARCÍA MARTÍNEZ, «Principio de Derecho concursal: la igualdad de los acreedores», en *La Ley*, 1984-3, pág. 887.

cho (100). Por esto se puede mirar hacia atrás y a los efectos de la reintegración de la masa concursal, impugnar, incluso, pagos de deudas vencidas y exigibles realizados en situación de insolvencia real, aún no declarada (101). Fijado, pues —con unos criterios u otros— el momento de la insolvencia de hecho, cabe, en general, la impugnación de los actos solutorios perjudiciales.

El pago es rescindible, no como causa de la insolvencia, sino como efecto de la misma; o para ser más precisos, como efecto de la violación de las reglas de reparto de la insolvencia. Existe, pues, una relación directa entre el pago y los intereses concursales, sin que tengan cabida interferencias conceptuales que enturbien la caracterización del perjuicio a los efectos rescisorios. En sí mismo considerado, el pago es un acto válido y eficaz —pago de lo debido— y como mucho de lo que se puede hablar es de irregularidad si se trata de una deuda no vencida y el anticipo significa una ventaja negocial injustificada para el acreedor: la cuestión del *interusurium* (102). Pero este no es el problema concursal. El pago se rescinde porque significa un privilegio contrario al orden concursal de pagos: uno cobra en contra de la igualdad de condición del resto. Y, a estos efectos, tanto da que exista anticipo como si no (103).

Al pago perjudicial rescindible se equipara la compensación de créditos y derechos entre el deudor y uno de los acreedores de la insolvencia. El caso más común son las compensaciones que practican los bancos de sus créditos con los saldos que el quebrado tiene a su favor en dicha entidad. A través de esta operación, el banco consigue adelantarse en el cobro, disminuyendo el caudal disponible para el resto de los acreedores de la insolvencia. En la medida en que la compensación suponga un privilegio para un acreedor de la insolvencia al evitar su sometimiento a la ley del dividendo puede ser impug-

(100) Con toda precisión Díez-Picazo critica los planteamientos doctrinales que condicionan la ineficacia del pago a la declaración judicial de quiebra. El error conceptual del que deriva este planteamiento equivocado consiste en vincular la «ley del dividendo» a las situaciones de ejecución universal, ignorando su verdadera ratio: las hipótesis de colisión de créditos. Vid. Díez-Picazo y Ponce de León, «El pago anticipado», en *RDN*, julio-septiembre, 1959, pág. 112.

(101) Si en la vía pauliana no se pueden impugnar los actos solutorios de deudas vencidas y exigibles realizados en situación de insolvencia no es porque entonces no proceda aplicar las reglas concursales de cobro, sino porque existen impedimentos de organización de los intereses concursales para aplicarlas. Las razones son, pues, formales —de procedimiento— y no sustantivas —conceptuales—.

(102) Como explica Díez-Picazo (*El pago anticipado...*, cit., pág. 97), si un crédito que no devenga interés es pagado antes de tiempo, el acreedor se beneficia con la posibilidad de colocar el dinero a interés. Por tanto, el crédito vale menos que su valor nominal. La diferencia de valores será el *interusurium* que deberá descontarse del valor nominal para reequilibrar la situación.

(103) Vid. Sancho Gargallo, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 260.

nada (104). El perjuicio concursal sólo queda excluido si la compensación está justificada por una causa negocial autónoma. Por ejemplo, las practicadas en el contrato de cuenta corriente mercantil. Pero, entonces, la misma dinámica funcional de la relación implica la compensación, y no se aprovecha el saldo del deudor para imputar créditos del banco por causas distintas (105).

Especial mención merece el carácter perjudicial de la llamada superposición de garantía. Con ella el deudor otorga una garantía o privilegio a un acreedor de la insolvencia que no tenía previamente ningún derecho preferente: por ejemplo, otorgamiento de una hipoteca en situación de déficit patrimonial. El acreedor se pone sobrevenidamente por delante de los demás, vulnerando el orden concursal. Y esto justifica la impugnación de la garantía. Hay que poner, sin embargo, especial cuidado en concretar la existencia real de perjuicio. Porque una cosa es que la garantía signifique una modificación sobrevenida del orden de cobro concursal con naturaleza de privilegio, y otra cuestión distinta la realización de un negocio de garantía a título oneroso (106). Cabe que la garantía haya sido otorgada a cambio de una contraprestación a favor del deudor que enriquece la masa concursal (107). Un nuevo crédito para sacar a flote la empresa, la cesión de bienes productivos, reducción del tipo de interés, o, en general, la concesión como contraprestación de ventajas económicas al deudor. El carácter oneroso de la garantía otorgada excluye el perjuicio y la rescisión.

Dos últimas precisiones de política legislativa en torno a los pagos improcedentes. Primera: en este ámbito, el perjuicio concursal presupone la situación de insolvencia. Precisamente las reglas concursales de cobro se establecen para organizar la colisión de créditos: «no hay bastante para todos». La dificultad en la práctica es fijar el momento concreto de la insolvencia. Entendida la insolvencia como un proceso, cuesta trabajo decidir desde cuándo se consolida el resultado final de causas complejas e interactuantes. En par-

(104) Vid. OLIVENCIA, «La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de Comercio», en *ADC*, 1958, pág. 805 y sigs.; RUBIO, «La declaración de quiebra y los créditos pendientes (Banca y quiebra)», en *AAMM*, 1959, pág. 233 y sigs.; RECALDE CASTELLS, *Retroacción de la quiebra y cuenta corriente bancaria...*, cit., pág. 227.

(105) Así lo precisa, RECALDE CASTELLS, *Retroacción de la quiebra y cuenta corriente bancaria...*, cit., pág. 227; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 250.

(106) Vid. FÍNEZ RATÓN, «Comentario a la STS de 19 de diciembre de 1991», en *CCJC*, 1992, pág. 177.

(107) Sobre el carácter oneroso de la garantía, vid. DE PRADA, «La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos», en *AAMN*, T. XVI, Madrid, 1968, págs. 390 y 391; LACRUZ BERDEJO, «La causa en los contratos de garantía», en *RCDI*, 1981, pág. 744 y sigs.; MORENO QUESADA, LUIS, *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987, pág. 109; LLEBARIA SAMPER, *Insolvencia civil, par conditio creditorum, y rescisión de hipoteca...*, cit., pág. 928 y sigs.

ticular, la dificultad se acentúa en los patrimonios especialmente dinámicos como las grandes empresas. Quizá una opción de política legislativa acertada sea la fijación legal de un «período sospechoso» próximo en el tiempo a la quiebra judicialmente declarada. Con un criterio de normalidad es probable que el deudor fuese ya insolvente en los dos o tres meses anteriores a la formalización judicial del conflicto concursal.

Segunda: del concepto amplio de «pago perjudicial» delimitado hay que excluir los de ordinaria administración, como los de teléfono, a los proveedores, de impuestos inherentes a la actividad profesional... Son pagos tan intrínsecos al funcionamiento y a la dinámica de la empresa que se pueden entender como absorbidos por ella. Hay que valorarlos desde dentro. No son actos de disminución del patrimonio empresarial, sino «actos de empresa».

Hasta aquí la delimitación objetiva del perjuicio concursal. Pasemos ahora a precisar el alcance de la rescisión de un acto válido y eficaz frente a la contraparte del deudor: el **porqué y cómo** se ataca el acto adquisitivo del tercero.

4. ALCANCE DE LA INEFICACIA FRENTE A TERCEROS

La ineficacia concursal persigue el interés de los acreedores rescindiendo los actos de disposición del deudor que ocasionan un perjuicio concursal. Pero enfrente de esta valoración cerrada de intereses, está la contraparte del deudor en el acto de disposición que se ve implicado en una insolvencia ajena. En definitiva, se le dice que tiene que restituir a la masa concursal un bien recibido conforme a derecho en interés de los «acreedores de otro». La causa de justificación de la implicación del tercero en la ineficacia concursal es una razón de equidad. En un brazo de la balanza se pone el interés de los acreedores y en el otro, el del adquirente. Y con una ratio de justicia material se decide, bien la rescisión de lo perjudicial, o bien la conservación de lo válido y eficaz. Todo depende de cuál sea en cada caso el título —oneroso o gratuito— y la condición —buena o mala fe— del tercer adquirente. El conflicto pauliano entre la seguridad del crédito y la seguridad del tráfico se reproduce en el ámbito concursal. En general —con un criterio común— se predica la seguridad del crédito, pero con una ratio moderada. Tanto si la protección del crédito es colectiva —ineficacia concursal— como singular —ineficacia pauliana—, el tercero es por igual ajeno al perjuicio. El porqué de la ineficacia significa en ambos casos una «razón de peso» que actúa sobre lo válido y eficaz y a pesar de la ajeneidad. Y también de forma generalizada se predica una ratio especial de protección de los terceros a título oneroso y de buena fe.

Concretemos, pues, la ratio de rescisión respecto a los distintos tipos de actos perjudiciales.

Los actos gratuitos se rescinden por una neta cuestión de justicia material. Entre el empobrecimiento de la masa concursal y el enriquecimiento sin costes del tercero, la balanza de equidad se inclina hacia los acreedores. La misma pesada resulta en los intercambios recíprocos de contraprestaciones «materialmente» descompensadas en su valor. Tales actos ocasionan una disminución de la garantía patrimonial —lesión en el valor de la contraprestación— frente a un enriquecimiento a bajos costes del adquirente. Y, por consiguiente, con un criterio de justicia material existe perjuicio concursal. La razón de decisión en estos casos es estrictamente objetiva —primacía del perjuicio sobre el enriquecimiento—. La mala fe del adquirente sólo agrava en su caso las consecuencias de la ineficacia que —además de la estricta restauración jurídica— significa responsabilidad por los daños ocasionados. El planteamiento objetivo cabe perfectamente en la técnica rescisoria entendida como ineficacia de protección de los acreedores y no como sanción de comportamientos fraudulentos. Y esto es justamente lo que se predica en este trabajo.

La razón de decisión del conflicto es totalmente distinta respecto a los adquirentes a título oneroso en sentido formal y material. Se produce un intercambio de contraprestaciones compensado en los valores recíprocos, y el perjuicio deriva de una maquinación fraudulenta del deudor que desvía el bien recibo de la garantía patrimonial; normalmente, el acto intencionado se concreta en la ocultación de dinero. Si el tercero es ajeno a esta operación fraudulenta, no cabe la ineficacia de su adquisición. Por mor de la seguridad del tráfico jurídico, se impone la consolidación de los actos válidos y onerosos. No parece una buena solución socio-económica perturbar la confianza de los adquirentes. Ni siquiera el interés concursal impone tal sacrificio. Sería peor el remedio que la enfermedad. La onerosidad de la adquisición es, pues, un límite al desenvolvimiento funcional de la rescisión. Excepto, naturalmente, si ha existido mala fe por parte del tercero en relación al perjuicio concursal, entonces la justificación de la ineficacia viene dada.

A tales efectos, la mala fe presenta grados distintos: bien el tercero está implicado directamente en el fraude —coparticipa con el deudor— o bien, simplemente, tiene conocimiento de esta actuación ilícita. La mala fe en su grado máximo —«fraudulento»— implica ineficacia y, además, responsabilidad por daños. La mala fe «cognoscitiva» conlleva la ineficacia neta. Quien con conocimiento de causa del perjuicio que ocasiona mediatamente lleva adelante la adquisición soporta el riesgo de la ineficacia sobrevenida. De nuevo, por tanto, como en muchos otros aspectos de la caracterización de la ineficacia concursal, hemos aprehendido los planteamientos paulianos. Y siguiendo la misma línea argumentativa, el objeto de la mala fe concursal —como el de la pauliana— se concreta necesariamente en el perjuicio que se ocasiona —directamente— o se propicia —indirectamente—. En la consciencia del perjuicio, la perspectiva concursal crea, sin embargo, espejismos que nos

pueden llevar a entender la mala fe como simple conocimiento de la situación de insolvencia. Visión esta conceptualmente equivocada. Otra cosa distinta es que, por razones de política legislativa, interese objetivar la rescisión. Y del conocimiento de la insolvencia se deduzca «presuntivamente» el conocimiento del perjuicio —mala fe— (108).

El recurso a las presunciones es frecuente en materia de mala fe. La prueba directa de las actitudes subjetivas suele resultar imposible. Entonces, del indicio (relación familiar, afectiva, negocial...) se deduce presuntivamente la mala fe.

Todo este cúmulo de presunciones «objetivas» significativamente la mala fe y también el desenvolvimiento funcional de la ineficacia concursal.

Pero lo que nos parece, insistimos, desproporcionado, es sacrificar la adquisición del tercero a título oneroso y de buena fe (109). He aquí por qué no comparto sin más concreciones la solución prevista en el artículo 92 de la Propuesta de Anteproyecto de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «Son revocables los actos y omisiones realizados por el deudor dentro del año anterior a la declaración de concurso que perjudiquen a los acreedores, aunque la otra parte no

(108) El artículo 92 de la propuesta de anteproyecto de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO relaciona la mala fe cognoscitiva con la situación de insolvencia.

(109) Como ya se ha explicado en el inicio del trabajo, esta ratio de seguridad del tráfico jurídico es defendida por un importante sector de la doctrina. Con firmeza se ha denunciado la sinrazón de la ineficacia de las adquisiciones a título oneroso y de buena fe. La misma tendencia refleja el artículo 10 de la ley de 25 de mayo de 1981, reguladora del mercado hipotecario (BOE 15 de abril): «Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo 2 (entre otras, los Bancos, Cajas de Ahorro y las Sociedades de Crédito Hipotecario) sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiese sido cómplice en el fraude». Quizá el precepto necesite un retoque interpretativo que precise su alcance. La hipoteca puede significar un privilegio sobrevenido para uno de los acreedores de la insolvencia. Entonces, por mor del principio de la *par conditio creditorum*, cabe la impugnación con criterios objetivos, a pesar de la buena fe del acreedor. Y esto de forma generaliza, incluso respecto a las entidades del artículo 2. Si se mantiene otra cosa es que, indirectamente, se les está concediendo un privilegio extraordinario. La cuestión cambia en las hipotecas constituidas por un nuevo negocio a título oneroso como un préstamo hipotecario. Entonces la reciprocidad de prestaciones entre el deudor y la entidad financiera excluye el perjuicio y la rescisión. Según esta ratio interpretativa, el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario se refiere a las hipotecas onerosas, y no a las gratuitas, que sí son rescindibles. Aun así, la onerosidad formal del acto puede servir de cobertura a una operación fraudulenta mediatamente perjudicial. Entonces prevalecen las razones de justicia material sobre la onerosidad formal del acto, y procede la impugnación de la hipoteca perjudicial. Esta es justamente la puerta que deja abierta el precepto comentado. Estas precisiones sobre el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario se corresponden con los planteamientos defendidos en el texto. Y también con la opinión de la doctrina; vid. SASTRE PAPIOL, «Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», en *RGD*, 1993, pág. 8718.

conociese que el deudor se encontraba en estado de insolvencia». Si por actos perjudiciales se entienden los formalmente onerosos, pero materialmente perjudiciales, nada que objetar a una rescisión de ratio objetiva. Se trata de proteger, con criterios de justicia material, el empobrecimiento de la masa concursal frente a un enriquecimiento a bajos costes del adquirente. Aunque, por otra parte, con esta interpretación se comprime forzosamente el concepto de perjuicio concursal. Pero, si ampliamos el concepto a los actos onerosos intencionadamente perjudiciales —intercambio compensado en valor de cosa por dinero que después se oculta o evade de la garantía patrimonial por el deudor—, la implicación del tercero en la ineficacia exige como mínimo su participación cognoscitiva en el perjuicio concursal. Sin este elemento subjetivo no cabe la rescisión de lo oneroso. Como mucho se puede admitir la objetivación mediante presunciones. Pero, al menos hace falta el «indicio» de mala fe. Quizá, a los efectos interpretativos del artículo 92 de la Propuesta, no estaría de más precisar el alcance del perjuicio y de la participación del tercero en el mismo.

Cierta especialidad presenta el elemento subjetivo relevante a los efectos de la rescisión del pago realizado o de la garantía otorgada a uno de los acreedores de la insolvencia contrarios a las reglas concursales de pago de los créditos. El elemento cognoscitivo que justifica la rescisión tiene por objeto el perjuicio concursal que ocasiona el pago. No obstante, es frecuente que se identifique la mala fe con el conocimiento de la situación de insolvencia. Pero esto es sólo un espejismo concursal que hay que entender como un intento de favorecer presuntivamente la prueba de la consciencia del perjuicio.

Con la técnica presuntiva la rescisión protege el interés de los acreedores de forma cuasi objetiva. No obstante, se puede ir un poco más lejos y predicar a las claras la objetivación de la rescisión de los pagos perjudiciales. Al fin y al cabo, el principio de la *par conditio creditorum* es de orden público obligacional y prevalece, por tanto, sobre el interés individual de uno de los acreedores. Todos por igual están comprometidos por la insolvencia y las reglas de cobro concursales. Por ende, el acreedor no es un tercero de buena fe que sobrevenidamente soporta las consecuencias de la insolvencia ajena, sino un sujeto directamente implicado en la situación de colisión de créditos. Desde esta ratio de paridad se justifica la rescisión objetiva de los pagos que ocasionan perjuicio a los intereses concursales (110).

(110) Este planteamiento objetivo es defendido por Díez-PICAZO, *El pago anticipado...*, cit., pág. 114; y también parece ser la postura implícita de la doctrina que justifica la rescisión de los pagos en razón del perjuicio concursal, prescindiendo de valoraciones subjetivas —buena o mala fe—; vid. SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 247 y sigs.; FINEZ RATÓN, *Comentario a la STS de 19 de diciembre de 1991...*, cit., pág. 173 y sigs. A veces la objetivación se construye sobre forzadas presunciones absolutas. Así, RECALDE CASTELLS («Retroacción de la quiebra y cuenta corriente bancaria.

5. EFECTOS DE LA INEFICACIA: LA RESTITUCIÓN

La caracterización de la ineficacia concursal se cierra con el régimen restitutorio. Al concretar sus efectos se debe evitar, sobre todo, el mimetismo de criterio con la invalidez negocial. La rescisión concursal es una forma de ineficacia con características conceptuales y funcionales de las que derivan una ratio de moderación de los efectos restitutorios, esencialmente en consideración al tercero sobrevenidamente implicado en la rescisión de un acto válido y eficaz. Las razones de protección del tercero son las mismas en el ámbito de la ineficacia pauliana que en el concursal. En la composición de los intereses enfrentados —seguridad del crédito frente a seguridad del tráfico— hay que buscar siempre un punto de equilibrio. No hay que pecar ni por exceso ni por defecto. La multiplicación del perjuicio —concursal— no debe cegarnos. Las ventajas para unos —acreedores— no deben significar la desproporción para otros —terceros—.

La ineficacia implica esencialmente la restauración jurídica del perjuicio concursal mediante la rescisión del acto lesivo. El bien enajenado del patrimonio del deudor entra a formar parte sobrevenidamente de la masa concursal. En el ámbito concursal, por razones de orden, la ineficacia sí que conlleva la restitución de la cosa propiamente entendida. Se trata de repartir la masa activa entre todos, y a este fin mejor traer los bienes a ella y desde aquí organizar la distribución.

Esto es lo esencial. Pero de la mano de la ineficacia estricta vienen otras cuestiones de régimen jurídico: la reciprocidad de la restitución en la rescisión de actos onerosos. El alcance de la restitución respecto a los frutos. La posible responsabilidad por pérdida de la cosa. Las consecuencias de la enajenación de la cosa a un subadquirente, ¿debe el adquirente entregar a la masa la contraprestación recibida en concepto de enriquecimiento? ¿Cabe impugnar la adquisición del subadquirente? En buena medida las soluciones concursales coinciden con las paulianas. La ratio general es una moderación del alcance y efectos de la ineficacia en consideración al tercero de buena fe. Porque, en definitiva, se le está imponiendo las consecuencias de la insolvencia ajena. Pero la coincidencia de regímenes no es absoluta. De las propias exigencias del procedimiento concursal derivan consecuencias particulares.

Comentario a la STS [Sala 1.ª] de 19 de diciembre de 1991», en *La Ley*, 1992-4, pág. 224) entiende que «resulta irrelevante la buena o mala fe..., puesto que ésta siempre se presume».

5.1. *Ineficacia de los actos a título gratuito*

Si la ineficacia se justifica respecto a este tipo de actos por razones objetivas de equidad —primacía del perjuicio sobre el enriquecimiento con causa pero sin costes— parece también de equidad la moderación de sus consecuencias respecto al adquirente. Es proporcionada la ineficacia neta del acto e injustificada la exigencia de cualquier otro desgaste de su patrimonio. Se predica, pues, la rescisión hasta el límite del enriquecimiento. Con esta ratio de moderación, los efectos rescisorios se concretan de la siguiente forma:

La restitución no alcanza a los frutos porque el tercero los percibe con un título de propiedad válido y eficaz. Y en caso de pérdida de la cosa, no incurre en responsabilidad alguna. El propietario no está obligado a conservar la cosa propia. Y tampoco tiene obligación alguna frente a la masa concursal hasta el momento de la ineficacia sobrevenida.

En caso de que el adquirente hubiese realizado impensas sobre la cosa que aumentan su valor, tendrá derecho al desembolso de la mismas. La ineficacia tiene por límite el enriquecimiento neto del adquirente y a estos efectos, los gastos significan un empobrecimiento patrimonial. Con la misma ratio de moderación, se predica la caracterización del desembolso de las impensas como un derecho de crédito contra la masa. De ello deriva una distribución equitativa de las consecuencias de la insolvencia del deudor entre los distintos intereses implicados. El adquirente soporta la restitución y la masa, las impensas.

El subadquirente a título oneroso y de buena fe no se ve salpicado por la rescisión por mor del principio de seguridad del tráfico jurídico. Pero el primer adquirente debe entregar a la masa lo que haya recibido a cambio de la cosa, hasta el límite de utilidad —enriquecimiento neto—, que bien puede coincidir con el valor de la cosa o bien, no. Si la enajenación es a título gratuito, el subadquirente soporta las consecuencias de la ineficacia por las mismas razones de equidad que el primer adquirente: primacía del perjuicio concursal sobre el enriquecimiento.

En fin, las consecuencias de la ineficacia se reducen a las mínimas si quien las soporta es un adquirente a título gratuito y de buena fe: se concretan estrictamente sobre la cosa o sobre la «utilidad patrimonial» derivada de la misma, quedando por lo demás «indemne» el patrimonio. Pero si es de mala fe, el alcance de la rescisión se agrava significativamente. Los aspectos de la agravación serán expuestos de forma generalizada para los distintos tipos de actos perjudiciales: a título gratuito, contraprestaciones desproporcionadas en valor, actos intencionadamente perjudiciales...

5.2. *Actos onerosos materialmente perjudiciales: desvaloración lesiva de la contraprestación recibida por el deudor*

Si el deudor malvende sus bienes por debajo de su precio real, se produce un perjuicio objetivo para los intereses concursales que justifica la rescisión del acto de enajenación. La ineficacia implica la restitución recíproca de las contraprestaciones (111). El adquirente entrega el bien pero surge un crédito a su favor contra la masa concursal que debe restituírle la prestación que él dio o su valor. La reciprocidad en la restitución no deriva de una vinculación negocial previa (art. 1.303 del Código Civil), sino de la propia ratio de equidad que subyace en la ineficacia concursal. Se reproduce el enfrentamiento característico entre perjuicio y enriquecimiento —a bajos costes—, y la solución de equidad marca un punto a medio camino entre las coordenadas enfrentadas. El adquirente restituye el bien, pero a cambio de que la masa le devuelva su prestación. Se corrige el perjuicio concursal sin provocar un perjuicio injustificado al adquirente. Porque una cosa es soportar la pérdida de un enriquecimiento y otra distinta soportar, además, la pérdida del propio sacrificio económico; o, mejor dicho, de una parte del mismo. Porque esto es lo que ocurre si el crédito restitutorio del adquirente se califica como concursal y no como crédito de la masa. Se aplicaría la «ley del dividendo» y algo dejaría de percibir. Así pues, la razón de la reciprocidad mira más hacia la protección del adquirente que a la evitación de un enriquecimiento injustificado de la masa concursal (112).

5.3. *Actos del deudor intencionadamente perjudiciales: la mala fe del adquirente*

El deudor puede provocar fraudulentamente el déficit patrimonial bajo la apariencia formal de un acto oneroso. La operación tiene dos momentos: primero, se desprende de un bien accesible para los acreedores —como, un inmueble— a cambio de dinero. Segundo, saca la cantidad recibida de su patrimonio. El perjuicio concursal se ha consumado. La contraparte en el acto

(111) Vid. SANCHEZ GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 253.

(112) Sin embargo, el derecho del tercero contra la masa se suele justificar desde la perspectiva del enriquecimiento injusto. Se razona de la siguiente manera: si los síndicos consiguen reintegrar el bien y no restituyen la contraprestación efectuada por el tercero, se produce un enriquecimiento injusto de la masa de la quiebra, la cual se reintegra doblemente. Vid. BELTRÁN, *Las deudas de la masa...*, cit., pág. 163; DELGADO ECHEVERRÍA, *Nulidad de los actos del quebrado...*, cit., pág. 2496; SANCHEZ GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 253; FINEZ RATÓN, *Comentario a la STS de 19 de diciembre de 1991...*, cit., pág. 177.

perjudicial puede ser ajena a todas estas maquinaciones del deudor. O, por el contrario, estar implicada de forma directa —coparticipación en el fraude— o mediata —simple conocimiento del perjuicio concursal—.

La mala fe del adquirente en cualquiera de sus grados justifica la ineficacia. Quien con conocimiento de causa realiza un acto perjudicial para los acreedores asume el riesgo de la ineficacia: debe restituir lo adquirido. Y con más razón todavía, si actúa con intención fraudulenta.

La mala fe se castiga con la pérdida del derecho a la contraprestación frente a la masa. Y esto por las mismas razones que subyacen en el artículo 1.306 del Código Civil. No encuentro, sin embargo, ninguna razón suficiente para negar al adquirente el derecho de reclamar el valor de la contraprestación en concepto de crédito concursal que, a modo de *sanción*, se caracteriza como postergado: con derecho a cobro después del resto de los acreedores concursales. Se comprende fácilmente que con tan mala posición, las posibilidades de lograr la satisfacción son mínimas. Pero mejor algo que nada. La «torpeza» de la mala fe se predica, pues, en relación a los intereses concursales, no en relación al deudor. Esta solución se justifica, sobre todo, si el adquirente no participa directamente en el fraude concursal, y simplemente conoce el perjuicio ajeno. Entonces, sería hasta contrario a la justicia no permitirle oponer la onerosidad de su adquisición frente al deudor en concepto de crédito concursal. Y, además, ¿por qué no otorgarle este derecho que no causa mal a los intereses concursales —en cuanto postergado frente a todos los créditos—, pero evita que el propio deudor salga ganando con la maniobra fraudulenta?

Este es el papel que juega la mala fe como presupuesto de la ineficacia de las adquisiciones onerosas. En cualquiera de sus modalidades, justifica la ineficacia estrictamente entendida. Pero no acaba aquí el papel de la mala fe a los efectos de la reintegración de la masa de la quiebra. La actitud subjetiva del adquirente incide, o mejor dicho, debería incidir significativamente en el alcance de las consecuencias de la ineficacia. Los efectos restitutorios se modulan según el grado de implicación del adquirente en los hechos que determinan el perjuicio pauliano. El fraude conlleva consecuencias extremas y la mala fe cognoscitiva, más moderadas.

La coparticipación del adquirente —a título oneroso o gratuito— en el fraude significa responsabilidad por acto ilícito. En tal concepto se va más allá de la restauración jurídica del perjuicio concursal, hasta alcanzar la indemnización de otros daños económicos ocasionados a la masa activa. Por ejemplo, en la partida de lucro cesante, tienen cabida los frutos dejados de percibir. Si la cosa se pierde o se enajena a un subadquirente protegido en su adquisición, la ineficacia no puede realizarse sobre la cosa en naturaleza. Pero la partida de daños engloba el valor (*aestimatio rei*). En fin, sobre una misma actuación fraudulenta, se superponen dos acciones: la impugnatoria y la de

responsabilidad. Y donde no llega una —ineficacia estricta sobre la cosa— llega la otra —indemnización de daños—.

Si la actitud subjetiva del adquirente es meramente cognoscitiva del perjuicio ajeno, las consecuencias de la ineficacia alcanzan al enriquecimiento objetivo (113). El adquirente debe, pues, restituir la cosa a la masa concursal, sin poder reclamar los gastos derivados de la permanencia de la cosa en su patrimonio. Y si ha enajenado la cosa, debe restituir el precio obtenido, con independencia del provecho patrimonial efectivo que se haya conseguido del mismo. El principio de indemnidad patrimonial no lo protege porque no es de buena fe. No obstante, la medida de la ineficacia no alcanza la responsabilidad por pérdida culposa de la cosa; ni mucho menos, la fortuita. El adquirente, en definitiva, no garantiza el valor de la cosa en interés de los acreedores. Como se decía en el ámbito de la ineficacia pauliana, ello significaría imputarle más responsabilidad y riesgo que al propio deudor por las «lícitas» actuaciones patrimoniales. Sólo la actitud fraudulenta justifica el trasvase de la lógica de la ineficacia desde el enriquecimiento a la responsabilidad por pérdida de la cosa.

MARGARITA JIMÉNEZ-HORWITZ
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Granada

(113) El planteamiento coincide con el alcance restitutorio predicado en materia de ineficacia pauliana en relación al adquirente con mala fe en el grado cognoscitivo.

El valor jurídico de los principios cooperativos. A propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas

SUMARIO: I. LA FORMULACION DE LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS.—II. LA DIALECTICA ENTRE LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS Y LA LEGISLACION COOPERATIVA.—III. EL VALOR NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS.—IV. LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS EN LA LEY 27/1999, DE 16 DE JULIO, DE COOPERATIVAS: A) PRIMER PRINCIPIO. ADHESIÓN VOLUNTARIA Y ABIERTA. B) SEGUNDO PRINCIPIO. GESTIÓN DEMOCRÁTICA POR PARTE DE LOS SOCIOS. C) TERCER PRINCIPIO. PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DE LOS SOCIOS. D) CUARTO PRINCIPIO. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA. E) QUINTO PRINCIPIO. EDUCACIÓN, FORMACIÓN E INFORMACIÓN. F) SEXTO PRINCIPIO. COOPERACIÓN ENTRE COOPERATIVAS. G) SÉPTIMO PRINCIPIO. INTERÉS POR LA COMUNIDAD.

I. LA FORMULACION DE LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS

La cooperativa es un modelo de empresa que se funda en una serie de principios. Esos principios definen el modelo; a partir de ahí, cada concreta cooperativa es una realidad distinta. Cuando el movimiento cooperativo tomó conciencia de sí mismo buscó pronto un manifiesto. Ese manifiesto debería plantearse qué es y qué debe ser una cooperativa. Ambos interrogantes encuentran respuesta en la enumeración de unos principios, a los que debería sujetarse la cooperativa que quisiera ser reconocida como tal. Y se llegó al consenso de que el modelo de cooperativa era el de la exitosa sociedad de los «Justos Pioneros de Rochdale» (*Rochdale Society of Equitable Pioneers*), fundada el 24 de agosto de 1844. Se aceptó que los estatutos de esta cooperativa pionera contenían una serie de principios bien expresivos de lo que debía ser una cooperativa; PRINCIPIOS DE ROCHDALE (1): 1. Principio

(1) Vid. BÁNSCH, A., *Genossenschaftliches Wörterbuch*, Berna, 1972, pág. 38; ENGELHARDT, W. W., «Die Genossenschaftsidee als Gestaltungsprinzip», en VV.AA., *Genos-*

de variabilidad de socios; 2. Principio de gestión democrática; 3. Principio del retorno; 4. Principio de interés limitado al capital; 5. Principio de neutralidad política y religiosa; 6. Principio de venta al contado; 7. Principio de promoción de la educación; 8. Principio de formación de fondos de reserva; y 9. Principio de calidad de las mercancías.

En su Congreso de París de 1937, la Alianza Cooperativa Internacional adoptó básicamente los principios rochdalianos (2). El Congreso de Viena de 1966 los modificó para fijarlos en su configuración actual. La redacción más moderna de los principios de la ACI, sin variar su esencia, proceden de la Declaración sobre la identidad cooperativa adoptada por la ACI en su Congreso de Manchester de 1995.

Esta es la actual formulación por los PRINCIPIOS COOPERATIVOS DE LA ACI (3):

«Primer Principio: Adhesión voluntaria y abierta. Las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades de ser socio, sin discriminación social, política, religiosa, racial o de sexo.

Segundo Principio: Gestión democrática por parte de los socios. Las cooperativas son sociedades gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos para representar y gestionar las cooperativas son responsables ante los socios. En las cooperativas de primer grado, los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y las cooperativas de otros grados están también organizadas de forma democrática.

Tercer Principio: Participación económica de los socios. Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática. Por lo menos parte de ese capital normalmente es propiedad común de la cooperativa. Normalmente, los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para ser socio. Los socios asignan los excedentes para todos o algunos de los siguientes fines: el desarrollo de su cooperativa posiblemente mediante el establecimiento de reservas, de las cuales una parte por lo menos tendría que ser

senschaftswesen. Hand- und Lehrbuch (dir. R. LAURINKARI), Munich, 1990, pág. 17; y NILSSON, J., «Principios y prácticas cooperativas en cooperativas de producción», en VV.AA., *Cooperativas, mercado, principios cooperativos* (dir., J. L. MONZÓN y A. ZEVI), Valencia, 1994, pág. 269.

(2) Vid. MONZÓN, J. L., «Principios cooperativos y realidad cooperativa en España», en VV.AA., *Cooperativas, mercado, principios cooperativos* (dir., J. L. MONZÓN y A. ZEVI), Valencia, 1994, pág. 114.

(3) Se ha consultado la dirección de Internet <http://ica.coop.org/es/esprinciples.html>.

irrepartible; beneficiando a los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y al apoyo de otras actividades aprobadas por los socios.

Cuarto Principio: Autonomía e independencia. Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa.

Quinto Principio: Educación, formación e información. Las cooperativas proporcionan educación y formación a los socios, a los representantes elegidos, a los directivos y a los empleados para que puedan contribuir de forma eficaz al desarrollo de sus cooperativas. Ellas informan al gran público, especialmente a los jóvenes y a los líderes de opinión, de la naturaleza y beneficios de la cooperación.

Sexto Principio: Cooperación entre cooperativas. Las cooperativas sirven a sus socios lo más eficazmente posible y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando conjuntamente mediante estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales.

Séptimo Principio: Interés por la comunidad. Las cooperativas trabajan para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades mediante políticas aprobadas por sus socios».

Según lo expresa la ACI en la «Declaración sobre la Identidad Cooperativa», estos siete principios son desarrollo de otros tantos valores, que encarnan el espíritu cooperativo: «Las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, la autoresponsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad. En la tradición de sus fundadores, los socios cooperativos hacen suyos los valores éticos de la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y la vocación social». Como se puede observar, los valores cooperativos se manifiestan en forma de predicados éticos, de fines últimos, de apelaciones a un sentido moral, pero, por el contrario, los principios cooperativos, bien es cierto que unos más que otros, gozan de la concreción y la vocación de vigencia que es propia de las normas (un socio-un voto, una compensación limitada sobre el capital). Se puede observar también que los principios cooperativos gozan de una doble virtud en cuanto perfilan un modelo de empresa. Por un lado, discriminan con gran elasticidad el tipo de empresa que, con base en los principios, merece el calificativo de cooperativa. Por otro, prefiguran el horizonte ideal del cooperativismo, esto es, ofrecen un parámetro de pureza cooperativa. En definitiva, no sólo describen lo que la cooperativa es, sino también lo que la cooperativa debería ser.

Si se atiende al volumen de la literatura y a las repetidas menciones legales, se puede deducir que quizá sea España uno de los países más imbuidos por los principios de la ACI. En la doctrina italiana y francesa pasan prácticamente inadvertidos. En Alemania, determinadas contingencias

históricas han provocado que sus cooperativas se rijan por principios distintos de los universalmente aceptados, que son los de la ACI. La razón hay que buscarla en el pronto desarrollo de la banca cooperativa alemana y paralelamente la rápida recepción legislativa del fenómeno cooperativo. El modelo alemán de bancas populares y cajas rurales inspirará todo el crédito cooperativo europeo. A la cabeza de ambas formas cooperativas se situaron dos hombres de acción: HERMANN SCHULZE-DELITZSCH y FRIEDRICH WILHELM RAIFFEISEN. RAIFFEISEN defendió una cooperación agrícola fundada en valores de solidaridad cristiana; SCHULZE-DELITZSCH se preocupó de un cooperativismo comercial y aconfesional. Ambos ideólogos formularon sus principios cooperativos:

PRINCIPIOS RAIFFEISEN (4): Principio de proximidad vecinal entre los socios; Principio de responsabilidad solidaria e ilimitada; Principio de no reparto de beneficios; Principio de administración honoraria; Principio de dotación de un fondo de reserva irrepartible.

PRINCIPIOS SCHULZE-DELITZSCH (5): Principio de autoayuda; Principio de autoadministración y autodeterminación; Principio de autorresponsabilidad; Principio de igualdad de derechos; Principio de responsabilidad solidaria; Principio de rechazo de la ayuda estatal.

La iniciativa de la Ley de Cooperativas prusiana de 1867, antecedente de la aún vigente en Alemania de 1889, partió del propio SCHULZE-DELITZSCH, que, de este modo, irrogó sus principios a toda la legislación cooperativa. Tanto las cooperativas Schulze-Delitzsch como las de Raiffeisen abandonaron la ACI en el Congreso de Budapest de 1904, por incompatibilidad entre sus principios y los que ya venía configurando el movimiento cooperativo mundial (6). Esta evolución explica que las cooperativas alemanas se inspiren en principios distintos de los internacionalmente aceptados (7).

(4) Vid. BÄNSCH, A., *Genossenschaftliches...*, cit., pág. 37; ENGELHARDT, W. W., *Die Genossenschaftsidee...*, cit., pág. 22; y NILSSON, J., *Principios...*, cit., pág. 269.

(5) Vid. BÄNSCH, A., *Genossenschaftliches...*, cit., pág. 40; ENGELHARDT, W. W., *Die Genossenschaftsidee...*, cit., pág. 20; y NILSSON, J., *Principios...*, cit., pág. 269.

(6) Vid. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., *Empresa cooperativa y economía social*, Barcelona, 1992, pág. 119.

(7) Los modernos comentaristas alemanes acostumbran a enumerar como principios cooperativos básicamente los siguientes: 1. Principio de autoayuda; 2. Principio de autogestión; 3. Principio de autorresponsabilidad; 4. Principio democrático; 5. Principio de promoción, y 6. Principio de identidad entre socio y cliente. Vid. MEYER, E. H.; MEULENGERGH, G., y BEUTHIEN, V., *Genossenschaftsgesetz. Reichsgesetz betreffend Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1 Mai 1889*, 12.ª ed., Munich, 1983, págs. 30-32; y HETTRICH, E., y PÖHLMANN, P., *Genossenschaftsgesetz: Kommentar zu dem Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und zu umwandlungsrechtlichen Vorschriften für Genossenschaften*, Munich, 1995, pág. 7.

II. LA DIALECTICA ENTRE LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS Y LA LEGISLACION COOPERATIVA

Los principios cooperativos son la formulación normativa de determinados valores que el movimiento cooperativo ha adoptado espontáneamente como propios. En cuanto reglas, estos principios gozan de un enunciado normativo, pero tienen una validez anterior y extraña al campo del Derecho. Antes de que las leyes repararan en el fenómeno cooperativo, las cooperativas adoptaban las formas comunes que les ofrecía el Derecho de sociedades, pero incorporaban en sus reglas de funcionamiento determinadas normas expresivas del modo de ser cooperativo (8). Cuando aparecen las primeras legislaciones cooperativas, la identificación del fenómeno les impone asumir una construcción normativa mínima ya elaborada, que se define por los principios cooperativos. Es más, aún hoy en día, las cooperativas carecen de una forma jurídica particular en muchos países, adoptando las empresas cooperativas las formas ordinarias de sociedad. En estos países, las cooperativas se definen, más que por una determinada vestidura jurídica, por la incorporación de ciertas reglas de organización, que vienen a coincidir con los principios cooperativos (9). La tardanza de los Estados en reconocer el movimiento cooperativo y las unidades económicas que ordenan su acción, les ha despojado de parte de los poderes legislativos que para sí reivindican. Las cooperativas se dotaron de reglas básicas de organización, generalmente aceptadas y privadamente sancionadas, varias décadas antes de que los Estados pretendieran regularlas. La consecuencia es que las legislaciones se ven obligadas a aceptar un fenómeno cuyo perfil jurídico está ya muy elaborado. Si adoptamos la mentalidad del primer legislador cooperativo, vemos que necesariamente se debió enfrentar a dos serias restricciones de su capacidad política, derivadas de la preexistencia de los principios cooperativos. La primera es la relativa a sus facultades para definir el tipo societario. ¿Qué es una cooperativa?, debió preguntarse este primer legislador. La respuesta fue necesariamente: es la empresa sujeta a unas ciertas reglas de funcionamiento. Esto significa que el legislador se había encontrado ya hecho gran parte de su trabajo. No podía emplear el esquema ideal «presupuesto de hecho-consecuencia jurídica», porque el espacio de la realidad que pretendía regular tenía ya una sustancia normativa. La segunda restricción es consecuencia inmediata de la anterior,

(8) Vid. VICENT CHULIÁ, F., «Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el Ordenamiento español», en *RCDI*, 512 (1976), pág. 87.

(9) Vid. BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., «La revisión del concepto de sociedad cooperativa en el Derecho positivo español», en *Hacienda Pública Española*, 94 (1985), pág. 197; y MÜNKNER, H.-H., «Genossenschaftsprinzipien und sozialer Fortschritt aus englischer Sicht», *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen*, 38 (1988), pág. 55.

esto es, que las normas legisladas debían ser desarrollo o, cuando menos, respetar las reglas elementales contenidas en los principios cooperativos (10). Muy libre hubiera sido la Ley de configurar a su gusto el régimen de las cooperativas, pero entonces habría regulado un fenómeno distinto al que existía en la vida social y, por consiguiente, las cooperativas continuarían sin Ley reguladora.

Las leyes que intentan definir el tipo cooperativo con independencia de los principios cooperativos fracasan. Cuando el primer artículo de una ley de cooperativas dispone que la cooperativa es la empresa que tiene por objeto «la promoción económica de sus socios», «la satisfacción de sus necesidades económicas y sociales» o «instrumentar la equitativa y recíproca ayuda entre ellos», está definiendo formas económicas que existen desde la más remota antigüedad y no las cooperativas que surgieron en Europa a mediados del siglo XIX, que son exclusivamente las que pretende regular. En general, las leyes definen la cooperativa en atención a su objeto, atribuyéndole el propio de la prestación a los socios de bienes y servicios. Pero con esta fórmula se excluyen las cooperativas de trabajo, que no intermedian una gestión de servicios, sino que operan como cualquier otra sociedad lucrativa, es decir, obteniendo beneficios para repartirlos entre los socios. Si algo tienen en común todas las cooperativas es su inspiración en unos valores y principios definidos, que son los propios del cooperativismo. Ello demuestra que no sólo por razones apologeticas se ha insistido doctrinalmente en que la definición legal de cooperativa contenga una incorporación de los principios cooperativos, en forma desarrollada, sintética o por remisión (11).

La primera Ley de Cooperativas española, la republicana de 4 de julio de 1931, así como su Reglamento de desarrollo de 2 de octubre del mismo año, contenían una enumeración de «condiciones legales necesarias para todas las

(10) VERGEZ SÁNCHEZ, M., (*El derecho de las cooperativas y su reforma*, Madrid, 1973, págs. 66-71) ha explicado cómo el legislador debe aceptar los principios de la cooperación como un hecho ineludible a la hora de regular la estructura de sus relaciones jurídicas, si bien cabe una cierta modulación de alguno de estos principios en pro de las necesidades económicas y financieras de la cooperativa. PAZ CANALEJO, N. [«El Proyecto de Ley de Sociedades Cooperativas: Síntesis crítica de su contenido», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 3 (octubre-noviembre 1980), pág. 336] ha llegado a escribir que la propia formulación de los principios cooperativos pueden considerarse como el basamento de todas las obligaciones contractuales nacidas de la relación cooperativa. VICENT CHULIÁ, F. («La legislación cooperativa autonómica», en *RJC*, 1985.2, pág. 392) ha definido los principios cooperativos «como integrantes del vértice de una pirámide normativa que progresivamente se va desarrollando hasta su base en el régimen de los derechos y obligaciones de los socios, de los órganos y de la organización económica de la cooperativa».

(11) Vid. VICENT CHULIÁ, F., «Análisis crítico del nuevo Reglamento de Cooperación», en *RDM*, 125-126 (julio-diciembre 1972), pág. 460, y *La legislación...*, cit., págs. 104-106; y BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., *La revisión...*, cit., pág. 201.

cooperativas». Estas condiciones eran las de autonomía, un hombre-un voto, no vinculación ni delegación de las funciones directivas, intransferibilidad a extraños de las aportaciones sociales y limitación de su interés y, finalmente, la regla del retorno. He aquí la muestra de cómo la primera ley de cooperativas española prefigura la esencia cooperativa con una serie de condiciones de contenido estrictamente jurídico, pero previas a la propia Ley, que coinciden parcialmente con los principios que ya tenía declarados el propio movimiento cooperativo. La Ley de Cooperativas de 27 de octubre de 1938, dictada en zona nacional, reproduce casi textualmente el artículo 1 de la Ley y el Reglamento de 1931, con el exclusivo objeto de solapar y, por lo tanto, incorporar plenamente la legislación cooperativa anterior. Precisamente, si alguna de esas «condiciones legales necesarias» se modifica, es la de autonomía, que ahora se sustituye por la regla de «estar regida de acuerdo con sus estatutos; por una Jefatura de la Cooperativa». No en vano la exclusiva finalidad de esta Ley fue la intervención sindical de las cooperativas. Con la aprobación de la Ley de Cooperativas de 2 de enero de 1942 y su Reglamento de 11 de noviembre de 1943, se asiste a un fenómeno curioso. En la definición de cooperativa se omite cualquier suerte de mención a los principios cooperativos, pero en el artículo 8 de la Ley y 4 del Reglamento se dispone una especie de contenido obligatorio de los estatutos que no precisa de mención expresa y separada. Concretamente, después de mencionar el Registro de Cooperativas y antes de disponer el contenido mínimo de los estatutos, se imponen unas «condiciones generales que deben presidir la constitución de las sociedades cooperativas»; a saber, variabilidad del capital, número ilimitado de socios, igualdad de derechos, limitación del valor de las participaciones de cada socio, irrepartibilidad de los fondos de reserva y obras sociales, fines del fondo de obras sociales, intransferibilidad a extraños de las aportaciones, no vinculación de las funciones directivas o de gestión y destino a los fines estatutariamente previstos del haber líquido de la sociedad cooperativa disuelta. Los principios cooperativos se residencian, de este modo, en sede de constitución de la sociedad; son reglas que, si bien no constituyen propias menciones estatutarias, sí deben ser observadas en su desarrollo por los estatutos sociales y caen dentro de las facultades de calificación previas a la inscripción. El Reglamento de Cooperativas de 13 de agosto de 1971, no introdujo modificación alguna en este sistema, sujetándose estrictamente en esta materia al principio de legalidad. El ambiente ideológico del «nuevo Estado» era contrario a reconocer una fuente autónoma de poder y por ello no tolera que la cooperativa se defina de modo general y previo por unas reglas extraestatales, sino que tan sólo acepta que la cooperativa exprese su propia naturaleza en el concreto momento de la constitución y como imposición estatal administrativamente fiscalizable. El resultado es, en definitiva, el mismo, esto es, que la cooperativa se define por la asunción de los principios

cooperativos, pero el rodeo que impuso la Ley de Cooperación de 1942 es muy expresivo del conflicto en el que se encuentra el Estado al tener que aceptar unas normas que él mismo no ha formulado y que incluso, como fue el caso, no responden a los valores que el sistema imponía como propios (autonomía y democracia cooperativas).

Esta reserva psicológica del legislador, salvando por supuesto las distancias, puede ser observada todavía hoy. Aún creen el legislador estatal y los autonómicos que es preciso precaverse advirtiendo que si las cooperativas se adecúan en su organización o funcionamiento a los principios cooperativos lo será «en los términos de la Ley» o, en ocasiones, incluso se omite la mención a la Alianza Cooperativa Internacional aunque se transcriben sus siete principios. Precisamente, la primera Ley española que recoge con rigor los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, la Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, no sólo no menta a la ACI sino que presenta los principios cooperativos como creación propia (arts. 1 y 2, también los arts. 1 y 2 de Reglamento de desarrollo de 16 de noviembre de 1978). La primera Ley de cooperativas española que expresamente y sin excesivas reservas de estilo aceptó los principios de la ACI fue la Ley 11/1985, de 25 de octubre, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, cuyo artículo 3 disponía que «la Cooperativa tendrá que inspirarse en los Principios Cooperativos formulados por la Alianza Cooperativa Internacional y que a efectos de esta Ley son los siguientes: (...)». La Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, dispondría en su artículo 1.3 que «las Cooperativas se ajustarán en su estructura y funcionamiento a los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional en los términos establecidos en la presente Ley». La vigente Ley de Cooperativas estatal, 27/1999, de 16 de julio, contiene en su artículo 1.1 la mención a los principios de la ACI de una forma bien sucinta y a propósito de la definición del propio concepto de cooperativa. Se adelanta así una minusvaloración, cuando menos sistemática, de la relevancia legal de los principios cooperativos.

En la legislación cooperativa autonómica pueden observarse diversos modelos respecto de esta fórmula de asunción legal expresa de los principios de la ACI:

- a) Aquellas leyes que incorporan con variaciones el tenor del artículo 1.3 de la Ley General de Cooperativas de 1987. La Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco (art. 1.2); la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (art. 1.4); como precursor en sus orígenes, el Decreto Legislativo 1/1998, de 23 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (art. 4); la Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón (art. 2.2); la Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Coopera-

tivas de Navarra (art. 2), y la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (art. 1.2).

- b) Las que adoptan una fórmula parecida a la de la Ley de Cooperativas de 1974, esto es, presentan los principios cooperativos como creación propia y sin hacer mención de la ACI. El Decreto Legislativo 1/1992, de 10 de febrero, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña (art. 1.3); y la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (art. 2.2).
- c) Un supuesto intermedio es el de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura, que en el párrafo 3.º de su artículo 1 dispone que «la estructura y funcionamiento de la sociedad cooperativa, y la participación de sus miembros deben ajustarse a los principios del cooperativismo, que serán aplicados en el marco de la presente Ley». Así, asume que hay unos principios del cooperativismo, pero ni los enumera ni tampoco indica dónde encontrarlos fuera del marco de la propia Ley. En todo caso, está claro que, aunque no lo diga expresamente, se refiere a los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional.

La referencia de la Ley a la Alianza Cooperativa Internacional tiene una importancia estética y otra real. Desde el punto de vista estético, se debe recordar que la de la ACI no es la única formulación de los principios cooperativos que ha gozado de predicamento. Está claro que en el ámbito cultural de España los principios cooperativos son por excelencia los de la ACI y que nadie pretendería que las cooperativas extremeñas, por no aclararlo su Ley reguladora, se inspiran en los principios Raiffeisen o Schulze-Delitzsch, pero tampoco está de más un reconocimiento de nuestro ámbito cooperativo por parte del legislador. Desde una perspectiva más pragmática, no carece de importancia la circunstancia de que los principios proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional tengan una concreta plasmación escrita, que además ha ido variando en su redacción, esto es, una apariencia similar a la del Derecho vigente. Se puede acudir a un ejemplo para demostrar la relevancia de este hecho. Supongamos que se ha negado el ingreso a un aspirante por no profesar los ideales fourieristas, que comparten todos los socios actuales, además de ser una exigencia estatutaria. El sujeto inadmitido, creyéndose discriminado y sabedor de que la ley respalda su expectativa a devenir socio, acude a los tribunales para exigir se reconsidere su solicitud de ingreso. El juez de primera instancia acepta su legitimación y pasa a conocer el fondo. El juez tiene que valorar las alegaciones de la cooperativa de que la ley no impone una neutralidad respecto del ideario de la cooperativa ni prohíbe que la inadmisión se funde en razones de conciencia, y que el movimiento cooperativo implica en el pensamiento de Fourier una opción de modelo social y un espíritu de con-

vicción en los partícipes del proyecto. El aspirante inadmitido entiende, por el contrario, que el movimiento cooperativo ha sido desde sus orígenes opuesto a que la cooperativa se configure como empresa de tendencia, muy al contrario, recuerda cómo el Congreso de la ACI de París de 1937 consagró el principio de neutralidad política y religiosa y cómo la formulación de los principios aprobados en Manchester en 1995 impide que el de adhesión voluntaria y abierta se pueda infringir por razones políticas, religiosas, raciales o de sexo y cómo también se mantiene, bajo el título de «autonomía e independencia», el tradicional principio de neutralidad. Pues bien, una remisión legal expresa a los principios de la Alianza Cooperativa Internacional podrá facilitar que el juzgador motive fundadamente y con base en Derecho su decisión, acudiendo a la interpretación de las declaraciones de la ACI referidas a los principios cooperativos, como si de Derecho directamente sancionado se tratara.

Los actuales principios de la ACI fueron establecidos en su Congreso de Viena de 1966, pero su redacción más moderna procede del Congreso de Manchester de 23 de septiembre de 1995. Esto significa que la formulación de los principios cooperativos que fue observada por alguna de nuestras legislaciones autonómicas ha variado después de aprobada la correspondiente Ley cooperativa. Resultaría paradójico que la vocación universal de los principios de la ACI se viera mermada por contingencias de este tipo y que unas cooperativas, en atención a la fecha de su ley reguladora, se vieran obligadas a adecuarse en su estructura y funcionamiento a los principios tal como se fijaron en el Congreso de Viena, en tanto que otras, las reguladas por ley posterior a septiembre de 1995, se inspiren en la reformulación de los principios resultante del Congreso de Manchester. Realmente no existe tal problema de transición entre leyes y principios, sino que los principios cooperativos que la Ley acepta son siempre los derivados de la última versión. Ello demuestra que la ley no incorpora un concreto contenido de los principios de la ACI, el que pudo conocer el legislador cuando se remitió a ellos, sino que más ampliamente reconoce una cierta independencia básica al movimiento cooperativo y su vértice internacionalmente reconocido, la Alianza Cooperativa Internacional. No es necesario aclarar que nunca podrá la ACI ejercer un efecto derogatorio sobre la legislación cooperativa, pero sí podrá modificar la valoración de dicha normativa según el alcance jurídico que se quiera reconocer a los principios cooperativos. La prudencia de que la ACI viene haciendo gala no hará necesario acudir a un remedio de este tipo, pero siempre queda abierta la posibilidad de que el juez realice un control de orden público sobre los principios cooperativos.

Hemos visto cómo la tardía legislación se ha visto obligada a aceptar el fenómeno cooperativo como una realidad con sustantividad jurídica propia y ya definida. Los principios cooperativos no son obra del legislador, sino presupuesto o premisa de su regulación. Pero ni siquiera en la actualidad, cuando

ya existe la cooperativa como forma societaria legalmente desarrollada, puede el legislador atribuirse plenamente la facultad de definir los elementos básicos de identificación del fenómeno cooperativo. Las cooperativas siguen siendo un hecho que el legislador regula y no el producto de la obra del legislador. Es ya un tópico doctrinal hablar de la «falsa cooperativa», que no es sólo la cooperativa burdamente fraudulenta, sino incluso aquélla que, estando adaptada al espíritu y las prescripciones de la ley, se aparta del hecho social cooperativo, definido por los valores y principios de este movimiento (12). Desde esta perspectiva no sería exagerado afirmar que una parte importante de las cooperativas que operan en el tráfico son «falsas cooperativas». Las responsables de esta situación no son las propias cooperativas, sino el mismo legislador, que ha hecho del cooperativismo una ideología, en el sentido de idea falsa y engañosa. El legislador ha querido legitimar alguna de sus acciones evocando la bondad de los principios cooperativos, pero ofreciendo, a un tiempo, la vestidura jurídica cooperativa a fenómenos que poco tienen que ver con los principios que la propia ley proclama y acepta.

Desde el momento en que pueden existir cooperativas legalmente constituidas pero ajenas a los principios del cooperativismo (13), estos principios cooperativos se configuran como el parámetro comparativo de la forma jurídica cooperativa. Esta idea la expresa la doctrina alemana hablando de un concepto suprapositivo de cooperativa («*Überpositiver Genossenschaftsbegriff*»). Explica PAULICK que este supraconcepto de cooperativa tiene una naturaleza económica y sociológica y que el tipo legal de cooperativa es tan sólo una de sus posibles vestiduras jurídicas. Las cooperativas existían antes de que la ley reparara en ellas, pero incluso hoy podrían vivir fuera del espacio en que el legislador ha querido ubicarlas y de la configuración que para ellas ha dispuesto. Como la cooperativa es un hecho social, ni todas las sociedades cooperativas que han adoptado esta forma son reales cooperativas, ni todas las cooperativas revisten la forma jurídica de sociedad cooperativa (14). Partien-

(12) Vid. VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El derecho...*, cit., pág. 17; y GARRIDO DE PALMA, V. M., «La cooperativa en el Derecho español a través de sus principios», en *RDN*, 111 (enero-marzo 1981), pág. 26.

(13) En este sentido, MARTÍNEZ CHARTERINA, A. (*Análisis de la integración cooperativa*, Bilbao, 1990, pág. 61) observa que el cooperativismo aprovechará cualquiera de las formas jurídicas que el legislador ponga a su disposición, incluso las de las sociedades de capitales, pues lo esencial no es esto, sino el cumplimiento de los principios cooperativos. De la misma opinión es GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., [«Las sociedades cooperativas de Derecho y las de hecho con arreglo a los valores y a los principios del Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional de Manchester de 1995: especial referencia a las sociedades de responsabilidad limitada reguladas en España», en *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 61 (1995), pág. 55].

(14) Vid. PAULICK, H., *Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung*, Tübinga, 1954, págs. 99-106; y *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft. Ein Lehr- und Handbuch*, Karlsruhe, 1956, págs. 3-14.

do del concepto suprapositivo de cooperativa y de los principios que lo identifican, se pregunta BEUTHIEN cómo de cooperativa es la cooperativa registrada (*Wie genossenschaftlich ist die eingetragene Genossenschaft?*) (15). Se cuestiona así no sólo la sustancia cooperativa de determinadas formas concretas de cooperativa (sería el problema de la «falsa cooperativa»), sino más ampliamente se pregunta qué distancia media entre el concepto de cooperativa y la regulación legal de la cooperativa (16). En definitiva, si el legislador no acepta los principios cooperativos como un hecho, dará abrigo en sus normas a formas extrañas al movimiento cooperativo, a la vez que propiciará la huida o la degeneración de las verdaderas cooperativas.

Precisamente hoy más que nunca está teniendo predicamento el concepto de economía social, lo que quizá puede ser valorado como una lucha del movimiento cooperativo para rescatar sus principios y valores, huyendo de la forma jurídica y del nombre que la ley ha querido imponer a las cooperativas. El de economía social es un concepto oscuro y escasamente definido, respecto del que, si algún acuerdo hay, es que está conformado no sólo por las cooperativas, sino también por otras unidades económicas organizadas de manera democrática y no capitalista. De este modo, se recupera la esencia cooperativa y se la independiza de las formas jurídicas que ofrece el Derecho de sociedades. La economía social encuentra así su idea primaria en el concepto suprapositivo de cooperativa, pero se amplía a otras organizaciones y empresas que, sin ser cooperativas, comparten con éstas un cierto modo de ser que las distingue de las empresas públicas y de las capitalistas. Cuando un economista se enfrente a una cooperativa que no se ha constituido en forma de sociedad cooperativa, dirá simplemente que se trata de una empresa de economía social. En definitiva, el concepto de cooperativa y el de otras instituciones de la economía social corre ajeno a las formas jurídicas que el Derecho ofrece.

III. EL VALOR NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS

Los principios cooperativos no son principios generales del Derecho. Haciendo abstracción de las diversas teorías que se han ensayado para explicar

(15) Vid. BEUTHIEN, V., *Genossenschaftsrecht: woher-wohin?* (*Hundert Jahre Genossenschaftsgesetz 1889-1989*), Gotinga, 1989, págs. 9-47.

(16) También VERGEZ SÁNCHEZ, M. (*El derecho...*, cit., págs. 29 y 30) mantuvo la opinión de que la cooperativa es un hecho esencialmente social y económico, respecto del que una regulación jurídica adecuada es aquélla que acoge los postulados que son propios del movimiento cooperativo, y no la que simplemente configura a la cooperativa como una estructura societaria más junto a otras formas de sociedad que ofrece el Derecho de sociedades.

la naturaleza de estos principios del Derecho, lo cierto es, en todo caso, que los principios cooperativos gozan de una naturaleza coyuntural y un origen extralegal que los separa de esta noción jurídica. Que los principios cooperativos se residencien en un solo sector del ordenamiento jurídico (la legislación cooperativa) no es razón suficiente para negarles su valor de principios generales del Derecho, pero sí se exige de estos principios que, en cuanto máximo resultado de abstracción jurídica, gocen de una formulación básica, elemental y genérica, capaz de deducirse e inspirar multiplicidad de normas, un conjunto jurídico. Es, por ejemplo, un principio general del Derecho de sociedades que todo sacrificio del socio se compensa con una ventaja proporcional para el mismo. Que cada socio goce de un voto en las cooperativas de primer grado (segundo principio cooperativo) es un enunciado con la estructura de una norma y no un principio general que inspire los derechos políticos del socio. Cuando el artículo 26 de la Ley de Cooperativas permite, para determinadas clases de ellas, que los socios gocen de un número plural de votos en función de su participación en la actividad cooperativizada, no está inspirándose en el principio un hombre-un voto, ni está modificando o invalidando un principio general del Derecho que rezara así, simplemente se asiste a la derogación particular de la norma general de que cada cooperativista dispone de un solo voto en la Asamblea General (art. 26.1 LC de 1999).

Pero los principios cooperativos no son principios generales del Derecho, más aún que por su estructura, por su origen. Los principios generales nacen para el Derecho en un estado previo e inspirador (visión iusnaturalista) o deducido y posterior (visión positivista), pero en todo caso en el seno de las estructuras que conforman el Derecho. Los principios cooperativos, contrariamente, se originan de una práctica social, la del movimiento cooperativo, y hoy se formulan en las diversas declaraciones de una organización privada como es la Alianza Cooperativa Internacional. Si los principios cooperativos se internan en el ordenamiento, lo es sólo porque han disfrutado de una recepción explícita e implícita por parte de las leyes cooperativas.

Con todo, los principios cooperativos gozan de los efectos que son propios de los principios generales del Derecho, esto es, son susceptibles de aplicación aislada a un tiempo que informan el sector del ordenamiento que viene constituido por el Derecho de Cooperativas. Pero ello es así no por expresión de determinadas ideas de justicia, previas o posteriores al Derecho, sino porque el legislador ha querido reconocer el fenómeno cooperativo tal como se expresa en la vida social y mantener las cooperativas que regula en la órbita de unos principios internacionalmente aceptados. Si los principios cooperativos inspiran la legislación cooperativa y son susceptibles de aplicación directa ha sido porque el legislador, intencionadamente y por motivos históricos, ha decidido acogerlos, significativamente por remisión a los declarados por la Alianza Cooperativa Internacional.

Los principios cooperativos son normas directamente aplicables no porque el artículo 1.1 del Código Civil los constituya en fuente del ordenamiento jurídico, sino porque el artículo 1.1 de la Ley de Cooperativas de 1999, dispone que la cooperativa es una sociedad «conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional». Los principios cooperativos se aplican en defecto de regulación de la Ley de Cooperativas no porque el artículo 1.4 del Código Civil mande que se apliquen, en cuanto principios generales del Derecho, en defecto de ley o de costumbre, sino porque la generalidad del artículo 1.1 de la Ley de Cooperativas cede ante la derogación singular de sus normas particulares.

Sí es posible imaginar supuestos en los que, ante una falta de solución por la Ley de Cooperativas, se deba acudir a los principios de la ACI para fundamentar una solución jurídica. El detalle y amplitud de la regulación legal hacen difícil que se planteen casos en los que una solución deba fundarse en los principios cooperativos, pero ello es posible, no obstante. Supongamos, por ejemplo, que la Asamblea General de una cooperativa decide en un determinado ejercicio que el excedente destinado a retorno no se reparta entre los socios, sino que se entregue a un colegio de la localidad de la cooperativa para que adquiera material escolar. Uno de los cooperativistas, haciendo uso de la legitimación que le reconoce el artículo 31.4 de la Ley de Cooperativas de 1999, impugna de nulidad dicho acuerdo por entender que infringe los artículos 16.2.d) y 58.4 de la Ley. El primero reconoce a los socios el derecho de retorno y el segundo determina que «los Estatutos o, en su defecto, la Asamblea General, por más de la mitad de los votos válidamente expresados, fijarán la forma de hacer efectivo el retorno cooperativo acreditado a cada socio», de lo que se deduce que lo que podrá concretar la Junta de Socios es la forma de pago de los retornos cooperativos (al contado, diferida, en metálico, en especie, etc.) pero no podrá decidir la privación de este derecho a los socios. Pues bien, el Juez, pese a lo fundado de las pretensiones del actor, no encuentra en la Ley de Cooperativas una norma que claramente prohíba a la Asamblea General destinar a fines benéficos los excedentes cooperativos, pero sí sabe que el tercer principio de la ACI dispone que «los socios asignan los excedentes para todos o algunos de los siguientes fines: el desarrollo de su cooperativa, posiblemente por la constitución de reservas, parte de las cuales tendrían que ser irrepartibles; el beneficio de los socios en proporción a sus operaciones con la sociedad cooperativa, y el apoyo de otras actividades aprobadas por los socios», y que el cuarto principio prevé que «las cooperativas trabajan para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades mediante las políticas aprobadas por sus socios», y, con base en ellos, decide concluir la legalidad y validez del acuerdo.

La más importante virtualidad de los principios cooperativos reside en constituir formulaciones normativas de parte de las finalidades de la Ley. El

contenido de las legislaciones cooperativas trasluce la intención de concretar estos principios y cohesionarlos con otras finalidades de política legislativa. De la lectura de los artículos 13 («Admisión de nuevos socios») y 17 («Baja del socio») de la Ley de Cooperativas de 1999, se deriva con claridad que el legislador ha querido que sea libre la entrada y salida de socios. Pero esto se podría deducir sin conocer, siquiera, la existencia de los principios de la ACI; es una finalidad que recoge la propia Ley. Pero es que, además, el artículo 1 de la Ley de Cooperativas dispone que la cooperativa es una sociedad «conforme a los principios de la alianza cooperativa internacional en los términos resultantes de la presente Ley» y precisamente el primer principio de la ACI es el de «Adhesión voluntaria y abierta». Con este ejemplo se quiere significar que los principios cooperativos son finalidad de la Ley no porque se deriven de su sentido general ni de la voluntad histórica del legislador, sino porque la propia Ley se remite a ellos y los asume como normas. Cuando un artículo de la Ley de Cooperativas se interpreta del modo más favorable a los principios de la ACI, no se está empleando un criterio finalista de interpretación, sino que se está conjugando esa norma con aquella que dice que es cooperativa la que se organiza con sujeción a los principios cooperativos. Se está operando, así, una interpretación sistemática. Es un proceso similar al que se manifiesta en la llamada «interpretación conforme a la Constitución», que no se funda en los fines preconstitucionales de la norma interpretada, sino que contrariamente ésta se ve reducida en el abanico de sus posibles interpretaciones por los fines de la Constitución. Precisamente, la «interpretación conforme a la Constitución» es un recurso elaborado para salvar disposiciones con una voluntad anticonstitucional manifiesta. En un sentido parejo, pero mitigado aquí por la paridad jerárquica, la calidad de normas de los principios cooperativos se impone a la concreta finalidad de la disposición a interpretar (17).

Conviene acudir nuevamente a un ejemplo. El artículo 78 de la Ley de Cooperativas de 1999, introduce la figura del grupo cooperativo. Este grupo se prefigura en la Ley como una forma asociativa respecto de la que hay que distinguir dos momentos: su constitución mediante acuerdo de las entidades de base y la posterior incorporación de nuevas cooperativas. Respecto del

(17) Respecto de la interpretación conforme a la Constitución, el profesor CARRASCO PERERA, A. (*El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, págs. 72-73) ha observado cómo esta construcción introduce un nuevo criterio interpretativo a los señalados en el artículo 3 del Código Civil, que no es ni el sistemático ni el teleológico, pues la Constitución impone la «jerarquía argumental» de sus valores. Por mi parte, he de aclarar que de los principios cooperativos no se puede esperar una preferencia jerárquica, pero también que su valor no es tan sólo el derivado de constituirse en finalidad de la Ley, sino que es además fin de la Ley asumido como norma, por lo que nos hallamos próximos a un criterio sistemático de interpretación.

momento fundacional o constitutivo, el artículo 78 de la Ley asienta claramente que el grupo nace por contrato entre las cooperativas asociadas (entidades de base) que crean o se organizan alrededor de una entidad integradora (cabeza de grupo) capaz de emitir instrucciones a las cooperativas agrupadas. El apartado cuarto de este artículo determina un contenido mínimo de este acuerdo de constitución del grupo, en el que ha de constar «la duración del mismo, caso de ser limitada, el procedimiento para su modificación, *el procedimiento para la separación de una sociedad cooperativa* y las facultades cuyo ejercicio se acuerda atribuir a la entidad cabeza de grupo». Respecto de la integración de nuevas cooperativas en el grupo ya constituido, el apartado tres del artículo 78 establece que «la aprobación de la incorporación al grupo cooperativo precisará el acuerdo inicial de cada una de las entidades de base, conforme a sus propias reglas de competencia y funcionamiento». Pues bien, un grave conflicto interpretativo se puede plantear respecto del momento resolutorio o extintivo del grupo cooperativo en los términos en que viene regulado en la segunda parte del artículo 78.4: «La modificación, la ampliación o *resolución de los compromisos indicados* podrá efectuarse, si así se ha establecido, mediante acuerdo del órgano máximo de la entidad cabeza de grupo». Y la interrogante, a la vista de esta disposición, es la siguiente: ¿la separación de una entidad de base puede producirse por su simple voluntad unilateral o es ésta una decisión que corresponde a la entidad cabeza de grupo? A favor de la segunda opción se podrían alegar razones muy sólidas, como el sentido gramatical posible del artículo 78.4, el contexto histórico concreto que ha movido al legislador a prever esta figura del grupo cooperativo (piénsese en el modelo Mongragón Corporación Cooperativa) o el sentido teleológico general de la norma, que observa a la cabeza de grupo como una entidad con clara superioridad jerárquica. Sin embargo, existe en la legislación cooperativa otra norma que induce a inclinarse por admitir el libre abandono del grupo por parte de la cooperativa. Se trata del cuarto principio de la Alianza Cooperativa Internacional: «Autonomía e independencia. Las cooperativas son organizaciones autónomas, de autoayuda gestionadas por sus socios. *Si firman acuerdos con otras organizaciones*, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, *lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa*». Así, la solución conforme a los principios cooperativos se asimila no a un criterio de interpretación finalista, sino de tipo sistemático. La existencia de un principio de autonomía cooperativa ha permitido deducir que cuando el artículo 78.4 menciona «la resolución de los compromisos indicados» se refiere a la disolución del grupo (por acuerdo de la propia cabeza de grupo), pero no a la separación de las entidades de base, que es una materia que regula el principio cooperativo de autonomía (es, así, una decisión de los órganos de la cooperativa integrada en el grupo).

Los principios cooperativos cumplen así una función interpretativa sin ser criterios interpretativos, sino propiamente normas. Por su carácter simple, elemental y poco articulado, se asemejan a valores o fines que están, sin embargo, positivizados. Por esta positivización su eficacia es la misma que la de la Ley que a ellos remite. Un caso distinto es el de la Ley de Cooperativas alemana que no incorpora un elenco de principios cooperativos ni se remite a formulación alguna de los mismos, sino que simplemente se inspira en los que fueron elaborados por SCHULZE-DELITZSCH. La doctrina alemana ha reconocido un valor interpretativo a estos principios, pero no porque estén expresamente incorporados y asumidos por la Ley, sino porque encarnan su inspiración histórica y objetiva (18). En este caso, sí se está empleando un criterio de interpretación teleológico, porque en la legislación alemana los principios cooperativos no son Ley, sino fin de la Ley.

En Derecho español, el más claro defensor de esta validez normativa directa de los principios cooperativos ha sido NARCISO PAZ CANALEJO (19). La Ley 2/1999, de 32 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, les reconoce expresamente su virtualidad interpretativa (art. 2.2), pero es razonable pensar que se les deba atribuir este valor también en el marco de todas aquellas leyes que, sin pronunciarse sobre este particular, los incorporan por remisión. La Ley andaluza (art. 2.3), como también el Decreto Legislativo 1/1992, de 10 de febrero, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña (art. 1.4), contienen la siguiente disposición, más clara que fórmulas similares de otras leyes autonómicas: «Estos principios se aplicarán de conformidad con (a) lo dispuesto en la presente Ley». Como se puede apreciar es ésta una previsión respecto de la que no se sabe bien si afirma el valor normativo de los principios cooperativos o precisamente lo niega. Puede también interpretarse, lo que quizá sea más adecuado, que se declara la preferencia de lo dispuesto en la Ley aunque resulte contrario a los principios de la ACI, esto es, que los principios cooperativos no gozan de una superioridad jerárquica, sino que ceden ante las disposiciones particulares de la Ley. Sí se encuentra un singular reconocimiento de la eficacia normativa directa de los principios cooperativos en la Ley de Cooperativas estatal de 1999; a propósito de las cooperativas de trabajo asociado y con la intención de desplazar la aplicación de la legislación laboral, su artículo 87.1 dispone que «las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores, por su condición de tales, se resolverán aplicando, con

(18) Vid. PAULICK, H., *Die eingetragene...*, cit., págs. 105 y 106, y *Das Recht...*, cit., págs. 13 y 14; MEYER, E. H.; MEULENGERGH, G., y BEUTHEN, V., *Genossenschaftsgesetz...*, cit., pág. 32; y HETTRICH, E., y PÖHLMANN, P., *Genossenschaftsgesetz...*, cit., págs. 6 y 7.

(19) Vid. PAZ CANALEJO, N., *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, XX, 1, Madrid, 1989, págs. 43-45.

carácter preferente, esta Ley, los Estatutos y el Reglamento de régimen interno de las cooperativas, los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa y *los principios cooperativos*».

En jurisprudencia se citan como supuestos de aplicación de los principios cooperativos algunas sentencias que, a propósito de las relaciones mutualistas entre socio y cooperativa, aluden a un mandato de igualdad de trato (20). Se trata éste, sin embargo, de un principio general del Derecho de sociedades ajeno a la concreta formulación de los principios cooperativos, amén de que el propio artículo 16.2.c) de la Ley de Cooperativas de 1999, sanciona el derecho de los socios a «participar en todas las actividades de la cooperativa, *sin discriminaciones*». Personalmente, no conozco ninguna sentencia que haya hecho aplicación de los principios de la ACI y escasas son las menciones. Ello se debe, seguramente, a la dificultad de acceder a las declaraciones de la ACI que contienen los principios y, si bien se exige de los Tribunales que conozcan el Derecho, no estaría de más que el legislador les facilitara esta labor, por lo que son dignas de elogio aquellas leyes que no sólo se remiten a los principios de la ACI, sino que además proceden a su enumeración. Precisamente si algún principio cooperativo ha encontrado eco jurisprudencial, aunque sea a los solos efectos retóricos o de estilo, ha sido el de puertas abiertas, y ello seguramente porque se acostumbra a contemplar esta característica en la definición legal de sociedad cooperativa (sociedad «en régimen de libre adhesión y baja voluntaria») (21).

IV. LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS EN LA LEY 27/1999, DE 16 DE JULIO, DE COOPERATIVAS

El concepto suprapositivo de cooperativa, construido por congregación de los principios cooperativos, tiene la virtualidad de servir de parámetro valorativo entre la concepción prepositiva (económica y sociológica) de cooperativa y su regulación legal. Además de las conclusiones políticas o de conveniencia que puedan resultar de esta comparación, el análisis desde la perspectiva de la fidelidad de la Ley a los principios cooperativos permite valorar el grado de proximidad del tipo societario respecto del fenómeno económico de la empresa cooperativa. Es también posible que la cooperación

(20) Vid. PAZ CANALEJO, N., *Comentarios...*, cit., pág. 44.

(21) En la llamada jurisprudencia menor, se pueden citar, entre otras, las sentencias de la Audiencia Territorial de Valencia de 25 de enero, 27 de octubre y 27 de diciembre de 1988 (RGD 1989, págs. 1574, 2388 y 4157, respectivamente), y la de 14 de marzo de 1989 (RGD 1989, pág. 3226), la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de octubre de 1993 (RGD 1994, pág. 842) o la de la Audiencia Provincial de Cuenca de 29 de septiembre de 1997 (Ar. Civ. 1997, 1782).

real (el concepto suprapositivo de cooperativa) haya variado y simplemente la Ley lo recoja tal como en la realidad se manifiesta, aunque sea con merma de los principios cooperativos. La conclusión que se adopte requiere, en todo caso, una valoración acerca de cómo se recogen y tratan en la Ley los principios de la ACI.

A) PRIMER PRINCIPIO. ADHESIÓN VOLUNTARIA Y ABIERTA

Aunque la ACI se refiera sólo a la admisión de nuevos cooperativistas, este principio de puertas abiertas opera en sus dos sentidos, en la vertiente de entrada y en la de salida de socios. Desde la primera perspectiva, la cooperativa debe estar disponible a todos aquellos que sientan necesidades análogas a las de los socios actuales. La facultad de darse de baja libremente se funda en la plena voluntariedad de la condición de cooperativista. La libre entrada de nuevos socios puede plantear conflictos entre la voluntad del aspirante y la capacidad económica y estabilidad organizativa y de convivencia social en la cooperativa, principalmente. No sería razonable exigir a la sociedad cooperativa que asumiera todas las solicitudes de admisión, pero tampoco se debe permitir que la cooperativa quede cerrada de modo injustificado y sin que se acoja tutela alguna a la pretensión del aspirante a socio.

La Ley General de Cooperativas de 1987 intentó equilibrar este conflicto de intereses mediante el expediente de imponer cierta seguridad jurídica respecto de las causas de inadmisión, a través del establecimiento en los estatutos sociales de los requisitos necesarios para adquirir la condición de socio (art. 31.1 LGC). Con todo, del artículo 31.2 de la Ley se deducía que el consejo rector podía discrecionalmente, y sin necesidad de sujetarse a los requisitos estatutarios de admisión, decidir el no ingreso del solicitante. Sólo se exigía que el acuerdo denegatorio fuera motivado. La Ley de Cooperativas de 1999 prescinde de imponer este inútil requisito de que figuren en los estatutos las condiciones necesarias para devenir socio y, a cambio, introduce una garantía más eficaz, como es la sujeción del acuerdo de admisión del consejo rector a un régimen de silencio positivo (art. 13.1). La Ley de Cooperativas de 1987, contrariamente, disponía que, si transcurrido el plazo para ello, no había resuelto el consejo rector la solicitud de admisión, ésta debía entenderse rechazada. El plazo máximo para resolver de sesenta días establecido en la Ley de 1987 ha sido ampliado a tres meses por la Ley de Cooperativas de 1999. Como quiera que es un requisito expresamente previsto en el primer principio de la ACI, quizá no debería haber prescindido la reforma de la prohibición de que las condiciones para adquirir la condición de socio se vinculen a motivos «políticos, sindicales, religiosos, de nacionalidad, sexo, raza o estado civil, salvo que fueran incompatibles con el objeto social». Por

lo demás, se mantiene la posibilidad de que el interesado recurra intrasocietariamente el acuerdo denegatorio y se le sigue negando la facultad de impugnarlo judicialmente. Ciertamente, el solicitante carece de un derecho a adquirir la condición de socio y no podría ser de otro modo, ya que la decisión sobre su admisión necesariamente debe guiarse por razones de conveniencia, que sólo a la cooperativa corresponde valorar. Con todo, el carácter abierto de la cooperativa debería imponer una mayor tutela del interés del aspirante a socio, construida, al menos, sobre principios de no discriminación e interdicción de la arbitrariedad.

La baja voluntaria tampoco ha sido objeto de importantes modificaciones por la Ley de 1999. El plazo de preaviso máximo de tres meses establecido en la Ley de 1987, se amplía a un año, pero se suavizan las consecuencias de su incumplimiento, que sólo da lugar, si procede, a la indemnización de daños y perjuicios, pero la baja se produce inmediatamente, incluso a los efectos del reembolso de las aportaciones sociales (art. 17.1 LC de 1999). Pero, sobre todo, se percibe una mayor sensibilidad hacia el principio de puertas abiertas en el nuevo tratamiento legal de las causas de justificación de la baja voluntaria. De este modo, el artículo 17.2 de la nueva Ley estatal determina que si en el plazo de tres meses, o el menor que establezcan los estatutos, el consejo rector no ha resuelto sobre la calificación y efectos de la baja del socio cesante, éste podrá considerarla baja justificada. Pero además, y esto es aún más importante, se limitan a un sólo caso los supuestos de baja injustificada. Los artículos 32, 33 y 80.b) de la Ley General de Cooperativas de 1987 planteaban serios problemas interpretativos a la hora de averiguar cuáles eran las causas que podían determinar el carácter injustificado de la baja. La jurisprudencia osciló entre tres interpretaciones posibles: *a)* que los supuestos de baja justificada eran sólo aquéllos expresamente previstos en la Ley; *b)* que las causas de justificación de la baja podían ser ampliadas en los estatutos sociales; y *c)* que la calificación de la baja como justificada correspondía discrecionalmente al consejo rector según criterios de conveniencia. Personalmente preferí considerar que toda baja era justificada, salvo la que se produjera sin respeto del plazo de preaviso o en infracción de un compromiso de permanencia en la cooperativa (22). Pues bien, parece que ahora la Ley de Cooperativas de 1999 opta por un criterio aún más favorable a la libre salida del socio. Efectivamente, la consecuencia más importante del carácter injustificado de la baja es que se puedan practicar deducciones sobre el reembolso de las aportaciones del cooperativista al capital social. Si se acude al artícu-

(22) Vid. TRUJILLO DÍEZ, I. J., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 48 (1998), págs. 1010-1013, y «Baja del socio cooperativo y reembolso de sus aportaciones sociales», en AC, 4 (1999), págs. 115 y 116.

lo 51 de la Ley de Cooperativas de 1999, se comprueba que el único supuesto allí previsto de práctica de estas llamadas deducciones por solidaridad cooperativa es «en el caso de baja no justificada por incumplimiento del período de permanencia mínimo». La Ley se ha decantado así por la opción más favorable a que el socio pueda separarse de la cooperativa en cualquier momento, sin sacrificios excesivos que puedan obstaculizar su libre voluntad de darse de baja.

B) SEGUNDO PRINCIPIO. GESTIÓN DEMOCRÁTICA POR PARTE DE LOS SOCIOS

La Alianza Cooperativa Internacional no deja lugar a dudas a la hora de formular este principio. En las cooperativas de primer grado cada socio tiene un voto; las de grado superior también se organizan de forma democrática. Para la ACI el principio un hombre-un voto no admite excepciones en las cooperativas de base, del mismo modo como está generalmente aceptado en Derecho político que a cada ciudadano corresponde un solo voto. El artículo 47 de la Ley General de Cooperativas de 1987 era escrupulosamente respetuoso con este principio: en las cooperativas de primer grado, a cada socio correspondía un voto y sólo se admitía el voto plural limitado en las de segundo o ulterior grado. El artículo 26 de la Ley de Cooperativas de 1999 admite el voto plural también en las cooperativas de primer grado en un complejo y poco claro elenco de supuestos: a favor de los socios que sean cooperativas, sociedades controladas por éstas o entidades públicas, cuando en las cooperativas haya distintas modalidades de socios, en las cooperativas agrarias, de servicios, de transportistas y del mar y en las de explotación comunitaria de la tierra a favor de los socios cedentes de bienes susceptibles de explotación agrícola. El voto múltiple se atribuye generalmente en función de la participación o uso potencial de la actividad cooperativizada. No constituye éste, ciertamente, un criterio capitalista, pero sí puede valorarse como una fórmula plutocrática. Efectivamente, el voto plural no tiene por qué corresponderse con un mayor compromiso moral con el proyecto cooperativo, sino que normalmente se asociará a una mayor capacidad de uso de los servicios sociales. La cooperativa vinícola será dominada por los propietarios de mayor número de cepas y la cooperativa de transportistas será dominada por los que posean las mayores flotas de camiones. Se puede dudar de que este efecto se corresponda a la concepción de democracia cooperativa defendida por la ACI. Paradigmático resulta cómo el artículo 26.5 de la Ley se cuida mucho de imponer que en las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra a cada socio trabajador corresponda sólo un voto, en tanto que se puede atribuir voto múltiple, en función del valor de los bienes cedidos, a los socios cedentes de inmuebles susceptibles de explotación agraria. El apartado 3 de

este mismo artículo admite la posibilidad de que, en cualquier cooperativa, determinadas «modalidades de socios» puedan reservarse en los estatutos un volumen total prefijado de votos. La sensibilidad personal de cada cual decidirá si esto es adulterar o no la democracia cooperativa.

La Ley de Cooperativas de 1999 abre además la posibilidad de arbitrar medios indirectos que permiten que el criterio de atribución del voto múltiple, ya de por sí plutocrático, en función del uso potencial de la actividad cooperativizada, encubra una atribución del voto directamente proporcional a las aportaciones del socio al capital social. Desde el momento en que el artículo 46.1 permite que las aportaciones obligatorias al capital sean diferentes para las distintas clases de socios o para cada socio en función del compromiso o uso potencial de la actividad cooperativizada, si se han adoptado estos mismos criterios para la atribución del voto plural, resultará que, en definitiva, los votos que pueda hacer valer el socio estarán en relación a su participación capitalista en la cooperativa. Pero, además, la Ley de Cooperativas de 1999 introduce abiertamente el voto capitalista. Su artículo 107 crea la figura de la cooperativa mixta, caracterizada porque determinados socios, los titulares de participaciones sociales con voto, lo tienen atribuido en función de su participación en el capital social. En todo caso, el 51 por 100 de los votos debe corresponder a los socios que lo tienen atribuido de modo no capitalista. Respecto de la filosofía de esta figura de la cooperativa mixta (23), es significativo cómo la nueva Ley estatal de 1999 ha derogado el mandato que se contenía en el artículo 29.2 de la Ley general de Cooperativas de 1987 de que nadie pudiera «pertenecer a una cooperativa a título de empresario, contratista, capitalista u otro análogo, respecto de la misma o de los socios como tales».

Una importante modificación se ha operado también en cuestión de atribución de competencias a los órganos sociales. La Ley General de Cooperativas de 1987 disponía una cláusula competencial general a favor de la asamblea de socios, de modo que ésta podía decidir sobre cualquier materia, aun cuando ordinariamente fuera de la competencia de otros órganos sociales (art. 43.1). La Ley de Cooperativas de 1999 dispone en su artículo 21.1 la norma contraria, esto es, que la asamblea general «únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materias que esta Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social». Corresponde al legislador valorar si es pre-

(23) Tiempo hace ya, VERGEZ SÁNCHEZ, M. (*El derecho...*, cit., pág. 67) dudaba del real carácter cooperativo de las que ya se venía hablando como de «cooperativas mixtas»: «las dificultades que el movimiento cooperativo, como movimiento acapitalista, presenta para la atracción de capitales, constituyen, sin duda ninguna, el obstáculo fundamental que ha encontrado su desarrollo y que puede dar lugar en la práctica al triunfo pleno de las sociedades que se han calificado de cooperativas mixtas, cuya justificación, como sociedades cooperativas, no acaba de estar clara».

ciso precaverse tan anticipadamente frente al tan temido asamblearismo, pero, en todo caso, esta pérdida de competencia de la asamblea general constituye merma, quizá necesaria, de la soberanía de los cooperativistas.

C) TERCER PRINCIPIO. PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DE LOS SOCIOS

Bajo la formulación de este principio, la ACI agrupa los momentos fundamentales de la vida económica de la cooperativa: aportaciones sociales, retribución de las aportaciones, patrimonio común cooperativo y destino de los resultados. En lo relativo al primer aspecto, dispone este tercer principio cooperativo que los socios contribuyen equitativamente a la formación del capital social y lo gestionan democráticamente. Precisamente, una de las preocupaciones del Derecho de cooperativas ha sido preservar el carácter democrático de la empresa, impidiendo que determinados socios pudieran ejercer un poder real excesivo por la posición de prepotencia adquirida por su mayor peso económico en el sostenimiento de la cooperativa. El socio con un volumen significativo de contribución al capital social podría presionar a sus compañeros con la amenaza de solicitar la baja y exigir el reembolso de sus aportaciones. Para evitar este efecto, la Ley General de Cooperativas de 1987 prohibía en su artículo 72.4 que el importe total de las aportaciones de cada socio en las cooperativas de primer grado excediera del 25 por 100 del capital social. La Ley de Cooperativas de 1999 eleva este límite a un tercio del capital social (art. 45.6) y, de este modo, admite una mayor presencia capitalista de algunos de los socios. Sólo dos cooperativistas podrían haber aportado los dos tercios del capital social.

También, en detrimento del patrimonio común cooperativo, se han reducido los porcentajes que, sobre los excedentes, nutren los fondos sociales. Según el artículo 84.a) de la Ley General de Cooperativas de 1987, al menos un 30 por 100 de los excedentes netos de ejercicio debían destinarse conjuntamente a los Fondos de Reserva Obligatorio y de Educación y Promoción. El artículo 58.1 de la Ley de Cooperativas de 1999 reduce este porcentaje al 25 por 100. Además, bajo el régimen de la Ley de 1987, todos los excedentes derivados de operaciones extraordinarias o del desarrollo con terceros no socios de la actividad cooperativizada se destinaban forzosamente al Fondo de Reserva Obligatorio (art. 83.2 LGC). La Ley estatal de 1999 sólo destina el 50 por 100 de estos resultados extracooperativos y extraordinarios al Fondo de Reserva Obligatorio (art. 58.2) y el resto tendrá el destino que decida la asamblea general, incluida la posibilidad de que se reparta entre los socios en forma de retorno. Además, sólo se prevé expresamente la posibilidad de incrementar la dotación del Fondo de Reserva Obligatorio o crear uno voluntario cuando se haga con cargo a los excedentes extracooperativos o extraor-

dinarios, pero no por detracción sobre los resultados cooperativos, y se admite también que el Fondo de Reserva Voluntario tenga el carácter de repartible (art. 58.3).

Sí se ha aproximado más la nueva regulación a los principios de la ACI en materia de retribución de las aportaciones sociales. Efectivamente, este tercer principio cooperativo dispone que los socios reciben una compensación por sus contribuciones al capital sólo «si la hay», esto es, sólo en la medida en que los resultados del ejercicio sean suficientes para atribuir un interés al capital. Sin embargo, el artículo 76 de la Ley General de Cooperativas de 1987 atribuía a las aportaciones de los socios un interés fijo, pagadero en todo caso, y que se computaba como gastos de ejercicio aun en el caso en que, por esta satisfacción preferente de los intereses, resultaran pérdidas [art. 83.1.c) LGC 1987]. Siguiendo el consejo de la ACI y los precedentes de la legislación autonómica, la Ley de Cooperativas de 1999 condiciona el pago de intereses a la existencia y medida de los resultados positivos (art. 48.2): «La remuneración de las aportaciones al capital social estará condicionada a la existencia en el ejercicio económico de resultados positivos previos a su reparto, limitándose el importe máximo de las retribuciones al citado resultado positivo y, en ningún caso, excederá en más de seis puntos del interés legal del dinero».

Una de las principales novedades que introduce la Ley de Cooperativas de 1999 consiste en admitir el reparto entre los cooperativistas de los excedentes netos derivados del desarrollo de la actividad cooperativizada con terceros no socios. Estos llamados excedentes extracooperativos se imputaban íntegramente al Fondo de Reserva Obligatorio, según los artículos 5.3 y 83.2 de la Ley General de Cooperativas de 1987. El artículo 58.2 de la Ley de Cooperativas de 1999 destina sólo el 50 por 100 de estos excedentes al Fondo de Reserva irrepartible. Respecto del resto, se permite que, por previsión estatutaria o por acuerdo singular de la asamblea general, se decida repartirlo entre los socios, crear un Fondo de Reserva Voluntario, repartible o irrepartible, o incrementar las dotaciones al Fondo de Reserva Obligatorio o al Fondo de Educación y Promoción (art. 58.3). Este eventual reparto entre los socios de los beneficios extracooperativos y extraordinarios, aunque se haga por el criterio del retorno, introduce un claro fin lucrativo en el operar de la sociedad cooperativa, que tendrá que convivir con el fin mutualista que le es típico. Nuestra legislación nacional ingresa así en lo que la doctrina italiana ha llamado cooperación espuria, que es la que admite un eventual fin lucrativo en el esquema de la sociedad cooperativa.

Desde el punto de vista de los principios cooperativos, el tercero que ahora nos ocupa se refiere al destino de los excedentes de ejercicio y entre ellos no hace referencia a la satisfacción de un interés lucrativo de los cooperativistas. Tres posibles derivaciones asigna la ACI a los resultados cooperativos: la for-

mación de reservas, el beneficio de los socios en proporción a sus actividades con la cooperativa y el apoyo de otras actividades aprobadas por los socios. Sin duda, no constituye una de estas actividades a apoyar el enriquecimiento lucrativo de los socios, pero tampoco la regla del reparto proporcional justifica, desde la pureza de los principios cooperativos, el atribuir un lucro a los socios. Cuando la ACI apunta la forma de reparto de los retornos, en proporción a la participación en la actividad cooperativizada, presupone que estos retornos cumplen la función de corregir los precios provisionalmente practicados a los socios, es decir, que son la forma de reparto de los excedentes derivados del ejercicio de la actividad cooperativizada con los propios socios y no con terceros. No es la función propia de los retornos cooperativos el atribuir al cooperativista puros y reales beneficios. A mayor perjuicio de la pureza cooperativa, la Ley de 1999 no prevé reacción alguna para el caso, ahora posible, de que una cooperativa dedique el mayor volumen de su actividad (o incluso toda ella) a operar con terceros y repartir entre los socios los beneficios resultantes (aunque sea con detracción de ese 50 por 100 a favor del Fondo de Reserva Obligatorio). Esta práctica no constituye infracción alguna (art. 114) ni causa de descalificación de la cooperativa (art. 116). Por lo demás, que la cooperativa no pueda optar a ser declarada «sociedad cooperativa sin ánimo de lucro» (Disp. Adic. 1.^a) no constituye garantía alguna.

D) CUARTO PRINCIPIO. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA

La Ley General de Cooperativas de 1987 dedicaba uno de sus artículos a proclamar este principio de autonomía. Disponía su artículo 2: «*Autonomía*. La gestión y gobierno de las Sociedades Cooperativas corresponde exclusivamente a éstas y a sus socios, sin perjuicio de lo establecido en el título II de la presente Ley». Este título II era el que trataba «De la Administración Pública y las Cooperativas». La Ley de Cooperativas de 1999 no contiene previsión alguna de este tipo, pero, es más, admite y promociona formas de sometimiento jerárquico de las sociedades cooperativas. La definición de grupo cooperativo, al que ya se ha hecho referencia, no puede corroborar mejor esta impresión. El artículo 78.1 de la Ley de Cooperativas de 1999 describe el grupo cooperativo como aquél en el que existe una entidad cabeza de grupo capaz de emitir instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de manera que se produce una unidad de decisión en el ámbito de las facultades atribuidas a dicha entidad. Las materias sobre las que pueden recaer dichas órdenes («instrucciones de obligado cumplimiento») afectan a facetas fundamentales de la vida social, tales como «el establecimiento en las cooperativas de base de normas estatutarias y reglamentarias comunes».

Los grupos empresariales plantean problemas específicos referidos a la ficción de pluralidad de personas jurídicas que componen una sola unidad de decisión y acción. Por eso, cuando la Ley se enfrenta al fenómeno de los grupos de empresas, lo hace con la precaución del posible abuso de las formas jurídicas. Sin embargo, la Ley de Cooperativas de 1999, en los únicos aspectos en que regula el grupo cooperativo lo hace permitiendo las mayores posibilidades de maniobra. De ello es muestra el artículo 78.6, que manda que la responsabilidad de las sociedades integradas en el grupo no alcanza al mismo ni a las demás sociedades cooperativas que lo integran. La Disposición Final 4.^a remite a la decisión del Gobierno la relación de casos en que el grupo cooperativo deba formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados (24).

E) QUINTO PRINCIPIO. EDUCACIÓN, FORMACIÓN E INFORMACIÓN

Esta se ha denominado la regla de oro de la cooperación como forma de destacar su papel no secundario. El desarrollo legal del principio cooperativo de educación se manifiesta destacadamente en la regulación del Fondo de Educación y Promoción. El primer aspecto a valorar es el de las cantidades que se destinan a este fondo y, respecto de este particular, la Ley de Cooperativas de 1999 empeora la situación anterior, no sólo porque disminuye globalmente la parte de excedentes que deben nutrir los fondos sociales, sino sobre todo porque suprime la garantía de porcentajes relativos para dotación del Fondo de Educación y Promoción. Sólo y en todo caso se debe destinar al Fondo de Educación y Promoción el 5 por 100 de los excedentes netos cooperativos (art. 58.1). La Ley de Cooperativas estatal de 1987 obligaba a destinar al Fondo de Educación el 5 por 100 de los excedentes netos, cuando el Fondo de Reserva Obligatorio fuera igual a la mitad del capital social, y un mínimo del 10 por 100, cuando el volumen del Fondo de Reserva Obligatorio fuera el doble que el del capital social.

La Ley General de Cooperativas de 1987 limitaba las acciones de formación con cargo a este Fondo y con destino a los socios y trabajadores de la cooperativa a la educación en los principios cooperativos [art. 89.1.a)], obviando la posibilidad de mejorar la formación profesional de estos colectivos, lo que redundaría, en definitiva, en beneficio de la propia cooperativa. Por eso,

(24) Hasta el momento, una regulación del grupo cooperativo en sus aspectos tributarios se contiene en el Real Decreto 1345/1992, de 6 de noviembre, por el que se dictan normas para la adaptación de las disposiciones que regulan la tributación sobre el beneficio consolidado a los grupos de sociedades cooperativas (BOE núm. 292, de 5 de diciembre).

se debe valorar positivamente que la Ley de 1999 admita que, con cargo al Fondo de Educación y Promoción, se forme a socios y trabajadores también «en materias específicas de su actividad societaria o laboral y demás actividades cooperativas». Esta es, por lo demás, una forma muy idónea de posibilitar, tal como dispone la ACI en la formulación de este principio de educación, que las acciones de formación tengan por resultado que socios y trabajadores «puedan contribuir de forma eficaz al desarrollo de sus cooperativas». Según la ACI, el principio de educación comprende también informar al gran público de la naturaleza y beneficios de la cooperación, finalidad que el artículo 56.1.b) de la Ley de Cooperativas de 1999 sintetiza en la amplia fórmula de «la difusión del cooperativismo», como destino del Fondo de Educación y Promoción.

También mejora la Ley de Cooperativas de 1999 la tutela de este Fondo cuando garantiza su conservación dentro del propio movimiento cooperativo en caso de liquidación de la sociedad [art. 75.2.a)]. La Ley de Cooperativas de 1987 atribuía el «remanente» del fondo resultante tras la liquidación al Consejo Superior del Cooperativismo (hoy sería la Dirección General de Fomento de la Economía Social y del Fondo Social Europeo); la Ley estatal de 1999 prefiere que el importe íntegro del fondo permanezca en las entidades asociativas del propio movimiento cooperativo (uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas) antes de ingresarlo «en el Tesoro Público con la finalidad de destinarlo a la constitución de un Fondo para la Promoción del Cooperativismo» [art. 75.2.b)].

Con carácter general, La Ley de Cooperativas de 1999 ha configurado el régimen del Fondo de Educación y Promoción de una manera más acorde con el principio de educación, pero se le puede reprochar el haber derogado una fórmula para realizarlo, bien imaginativa y de difícil encasillamiento sin un reconocimiento legal expreso, como era la cooperativa educacional (arts. 146 y 147 LGC de 1987), que permitía formar a los jóvenes en los principios y valores de la cooperación a través de la propia práctica cooperativa.

F) SEXTO PRINCIPIO. COOPERACIÓN ENTRE COOPERATIVAS

El movimiento cooperativo se vertebra en un entramado de instituciones que parten de las singulares cooperativas hasta organizaciones cooperativas internacionales como la propia ACI. El movimiento cooperativo ha estado caracterizado en sus orígenes por un afán expansionista, que inspira los principios cooperativos de puerta abierta, educación, interés por la comunidad y también éste de cooperación entre cooperativas. Bajo este principio el movimiento cooperativo proclama su existencia, reclama un reconocimiento de sus organizaciones y apela a un sentimiento de pertenencia por parte de las cooperativas.

La legislación cooperativa anticipa dos formas de colaboración: una puramente económica o empresarial y otra de tipo más asociativo o sindical. Las instituciones de colaboración empresarial son principalmente las cooperativas de segundo o ulterior grado. El asociacionismo cooperativo se organiza en uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas.

Las cooperativas de segundo grado son cooperativas integradas por dos o más sociedades cooperativas. La fórmula posibilita apreciables ventajas como en el caso de cooperativas de transformación agrícola asociadas en cooperativas de comercialización o cooperativas de trabajo agrupadas en cooperativas de servicios, por poner dos ejemplos. La Ley de Cooperativas de 1999 las regula en su artículo 77. Su principal innovación consiste en admitir que ingresen también en cooperativas de segundo grado otras personas jurídicas no cooperativas, así como empresarios individuales, hasta un máximo del 45 por 100 del total de los socios, e ilimitadamente socios de trabajo. La Ley General de Cooperativas de 1987 tan sólo admitía la excepción de que sociedades agrarias de transformación ingresaran en cooperativas de segundo grado integradas por cooperativas agrarias, hasta un límite del 25 por 100 de los socios (art. 148.1). La mayor apertura de la nueva Ley estatal se adecúa mejor a la múltiple variedad de circunstancias que pueden aconsejar a una empresa no cooperativa ingresar en una cooperativa de segundo grado y satisface mejor el espíritu acaparador que es propio del movimiento cooperativo. Queda además garantizada la preponderancia política de las cooperativas en la estructura común, no sólo porque deban representar más del 55 por 100 de los socios, sino sobre todo porque se pueden reservar una mayor cantidad de votos en la asamblea general (25).

¿Qué sucede cuando más del 45 por 100 de los socios de las cooperativas de segundo grado no son, a su vez, sociedades cooperativas? Simplemente que se está en presencia de una cooperativa ordinaria o de primer grado, alguno de cuyos socios es, sin embargo, cooperativa. Este es, por lo demás, un supuesto expresamente contemplado por la Ley de Cooperativas de 1999 en sus artículos 26.2 y 45.6.

En este mismo capítulo IX la Ley regula el grupo cooperativo (art. 78), al que ya se ha hecho mención, y lo que llama «otras formas de colaboración económica» (art. 79). Entre estas otras formas de colaboración destaca una novedad muy conforme al valor de la solidaridad que debe inspirar el prin-

(25) Si se atiende a la literalidad del artículo 26.6 de la Ley de Cooperativas de 1999, los socios que no tengan la forma de cooperativa tendrán atribuido un único voto en la asamblea general o acaso un voto plural en proporción a su participación en la actividad cooperativizada, pero sólo las cooperativas asociadas podrán atribuirse sufragio múltiple en función del número de socios que las integran. Además, respecto de las cooperativas de segundo grado no se impone la prohibición de que la suma de votos plurales alcance a más de la mitad del número de socios (art. 26.7 LC).

cipio de colaboración intercooperativa, como es que, previo acuerdo entre las cooperativas interesadas, puedan los socios de una valerse de los servicios cooperativos de la otra, teniendo tales hechos la misma consideración que la participación de los propios socios en la actividad cooperativizada e imputándose íntegramente al Fondo de Reserva Obligatorio los excedentes netos derivados de estas operaciones (art. 79.3).

Respecto de las formas del asociacionismo cooperativo, la primera pregunta que se puede plantear es qué necesidad tiene la Ley de regularlas. El principio de autonomía se opone a un encasillamiento de las formas sindicales y de representación del movimiento cooperativo. Por eso es preferible una regulación abierta que no limite las posibilidades de autoorganización de las asociaciones de cooperativas. Esta finalidad ha sido satisfactoriamente alcanzada por la Ley de Cooperativas de 1999, terminando con la compleja y confusa regulación de la Ley General de Cooperativas de 1987. Promocionar el asociacionismo cooperativo es facilitar el reconocimiento de sus entidades representativas. Esto lo consigue la Ley de 1999 mediante una descripción precisa de qué son uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas (arts. 118 y 119) y un régimen seguro de publicidad de las que se constituyan (art. 120). A su vez, se les permite la más amplia libertad de configuración estatutaria y se admite que puedan acogerse a cualquier otra forma asociativa, que no sea necesariamente la de unión, federación o confederación (art. 117). En definitiva, la nueva Ley estatal termina con la confusión anterior y logra armonizar los principios de autonomía y de colaboración intercooperativa.

G) SÉPTIMO PRINCIPIO. INTERÉS POR LA COMUNIDAD

La vocación social del cooperativismo se refleja en una preocupación no sólo por los intereses de sus miembros, sino de la comunidad en general. Bajo este séptimo principio, la ACI pretende que las cooperativas contribuyan a un desarrollo de la comunidad en la que se localice la cooperativa, mediante las políticas aprobadas por sus socios, esto es, sin que la sociedad pierda su independencia. El desarrollo al que debe contribuir la cooperación es además, según la ACI, un desarrollo sostenible, es decir, un desarrollo en el que la satisfacción de las necesidades de las personas que vivimos hoy no comprometa el bienestar de las generaciones venideras (26). En definitiva, la idea expresa una preocupación por coordinar las políticas de desarrollo con polí-

(26) Atendiendo al consenso alcanzado, por ejemplo, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992) o en el V Programa de Acción de la Unión Europea en relación con el medio ambiente y el desarrollo sostenible.

ticas sociales y medioambientales, principalmente. La cooperación debe ser, así, un modelo de este equilibrio.

Esta intención ha encontrado pleno acomodo en la letra del artículo 56.1.c) de La Ley de Cooperativas de 1999, que asigna al Fondo de Educación y Promoción la finalidad de «la promoción cultural, profesional y asistencial del entorno local o de la comunidad en general, así como la mejora de la calidad de vida y del desarrollo comunitario y las acciones de protección medioambiental». El precepto equivalente de la Ley General de Cooperativas de 1987 [art. 89.1.c)], olvidando esta preocupación por contribuir a un desarrollo sostenible, tan sólo se refería a «la promoción cultural y profesional del entorno local o de la comunidad en general». Se pensaba, así, principalmente en la organización de cursos de inscripción abierta. La amplitud de objetivos que incorpora la Ley de Cooperativas de 1999 permite que el interés por la comunidad no se agote en el solo desarrollo de acciones de formación, sino que también se instrumenten políticas directas con finalidades sociales o de protección medioambiental.

Pero, además, la nueva Ley prevé dos modalidades de cooperativa caracterizadas por servir a la comunidad, como son las cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro y las cooperativas de iniciativa social. Son cooperativas destinadas a la gestión de intereses colectivos, con fines asistenciales, de interés social o a la integración laboral de personas excluidas del mercado de trabajo. El problema reside en diferenciar entre cooperativas sin ánimo de lucro y cooperativas de iniciativa social. Tal como se describen en la Ley, las cooperativas de iniciativa social (art. 106) y las cooperativas sin ánimo de lucro (Disp. Adic. 1.ª) son una misma cosa. A las cooperativas sin ánimo de lucro, además de responder a fines de interés general, se les obliga a acoger un determinado contenido en sus estatutos, y ahí podría residir la diferencia. Pero el problema está en que el artículo 106.1 de la Ley define a las cooperativas de iniciativa social como cooperativas sin ánimo de lucro, por lo que no se sabe si las constituye en una especie de aquéllas o, en todo caso, les obliga a introducir en sus estatutos el contenido al que se refiere la Disposición Adicional primera. La diferencia podría residir en que las cooperativas de iniciativa social se constituyen como tales y adoptan esta indicación («cooperativa de iniciativa social») en su denominación social, en tanto que las cooperativas sin ánimo de lucro se ganan administrativamente esta calificación si cumplen los requisitos que las caracterizan. El problema es que la Disposición Adicional primera no define claramente la calificación como un acto administrativo ni identifica al órgano calificador y que, a su vez, el artículo 106.1 de la Ley de Cooperativas comienza afirmando también que «serán *calificadas* como de iniciativa social aquellas cooperativas (...)», por lo que introduce mayor confusión acerca de qué quiere significar la Ley con los términos calificar o calificación. Se habrá de esperar al desarrollo y eje-

cución de la Ley respecto de estas dos modalidades de cooperativa para poder comprender el alcance de la diferencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BÄNSCH, A., *Genossenschaftliches Wörterbuch*, Berna, 1972.
- BEUTHIEN, V., *Genossenschaftsrecht: woher-wohin? (Hundert Jahre Genossenschaftsgesetz 1889-1989)*, Gotinga, 1989.
- BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., «La revisión del concepto de sociedad cooperativa en el Derecho positivo español», en *Hacienda Pública Española*, 94 (1985), págs. 191-205.
- CARRASCO PERERA, A., *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988.
- ENGELHARDT, W. W., «Die Genossenschaftsidee als Gestaltungsprinzip», en VV.AA., *Genossenschaftswesen. Hand- und Lehrbuch* (dir. R. LAURINKARI), Munich, 1990, págs. 10-26.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., *Empresa cooperativa y economía social*, Barcelona, 1992.
- GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, C., «Las sociedades cooperativas de Derecho y las de hecho con arreglo a los valores y a los principios del Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional de Manchester de 1995: especial referencia a las sociedades de responsabilidad limitada reguladas en España», en *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 61 (1995), págs. 53-87.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., «La cooperativa en el Derecho español a través de sus principios», en *RDN*, 111 (enero-marzo 1981), págs. 7-41.
- HETRICH, E., y PÖHLMANN, P., *Genossenschaftsgesetz: Kommentar zu dem Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und zu umwandlungsrechtlichen Vorschriften für Genossenschaften*, Munich, 1995.
- MARTÍNEZ CHARTERINA, A., *Análisis de la integración cooperativa*, Bilbao, 1990.
- MEYER, E. H.; MEULENGERGH, G., y BEUTHIEN, V., *Genossenschaftsgesetz. Reichsgesetz betreffend Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1 Mai 1889*, 12.^a ed., Munich, 1983.
- MONZÓN, J. L., «Principios cooperativos y realidad cooperativa en España», en VV.AA., *Cooperativas, mercado, principios cooperativos* (dir., J. L. MONZÓN y A. ZEVI), CIRIEC, 1994, págs. 109-125.
- MÜNKNER, H.-H., «Genossenschaftsprinzipien und sozialer Fortschritt aus englischer Sicht», *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen*, 38 (1988), pág. 55-64.
- NILSSON, J., «Principios y prácticas cooperativas en cooperativas de producción», en VV.AA., *Cooperativas, mercado, principios cooperativos* (dir., J. L. MONZÓN y A. ZEVI), Valencia, 1994, págs. 257-289.
- PAULICK, H., *Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung*, Tübinga, 1954.
- *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft. Ein Lehr- und Handbuch*, Karlsruhe, 1956.
- PAZ CANALEJO, N., «El Proyecto de Ley de Sociedades Cooperativas: Síntesis crítica de su contenido», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 3 (octubre-noviembre 1980), págs. 331-359.

- *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, XX, 1, Madrid, 1989.
- TRUJILLO DíEZ, I. J., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 48 (1998), págs. 999-1015.
- «Baja del socio cooperativo y reembolso de sus aportaciones sociales», en *AC*, 4 (1999), págs. 113-124.
- VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El derecho de las cooperativas y su reforma*, Madrid, 1973.
- VICENT CHILIÁ, F., «Análisis crítico del nuevo Reglamento de Cooperación», en *RDM*, 125-126 (julio-diciembre 1972), págs. 429-537.
- «Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el Ordenamiento español», en *RCDI*, 512 (1976), págs. 69-132.
- La legislación cooperativa autonómica», en *RJC*, 1985.2, págs. 369-406.

IVÁN JESÚS TRUJILLO DíEZ
Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

El embargo de bienes gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Conclusión)

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. ORIGEN DE LAS SENTENCIAS RELATIVAS AL EMBARGO DE BIENES GANANCIALES.—3. INTERPRETACION POR EL TS DE LAS NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES POR DEUDAS DE UN CONYUGE.—4. SENTENCIAS QUE EQUIPARAN EL DERECHO ANTERIOR Y EL ACTUAL RESPECTO A LAS FACULTADES DE LOS CONYUGES PARA RESPONSABILIZAR LOS BIENES GANANCIALES.—5. EL CONYUGE COMERCIANTE, RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES.—6. PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL POR DEUDAS DE UN CONYUGE: a) DEUDAS LABORALES; b) DEUDAS A LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; c) DEUDAS FISCALES; d) DEUDAS NO ESPECIALES.—7. TERCERIAS DE DOMINIO CONTRA EMBARGOS DE BIENES GANANCIALES: a) TERCERÍAS DE DOMINIO CONTRA EMBARGOS DE BIENES GANANCIALES VIGENTE LA SOCIEDAD; b) TERCERÍAS DE DOMINIO CONTRA EMBARGO DE BIENES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN EL SUPUESTO DE SOCIEDAD DISUELTA Y NO LIQUIDADA; c) EMBARGO DE BIENES EX-GANANCIALES.—8. DEMANDA CONTRA AMBOS CONYUGES O DEMANDA CONTRA EL DEUDOR Y NOTIFICACION A SU CONSORTE.—9. IMPUGNACION DE CAPITULACIONES Y DEUDAS A CARGO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: a) SENTENCIAS QUE DECLARAN LA INEFICACIA (RESCISIÓN O NULIDAD), DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES; b) SENTENCIAS QUE DENIEGAN LA RESCISIÓN DE LAS CAPITULACIONES; c) SENTENCIAS QUE NO DECLARAN LA RESCISIÓN NI LA NULIDAD, SINO QUE CON VARIEDAD DE FÓRMULAS DEJAN INMUNE AL ACREEDOR DE LOS EFECTOS DE LAS CAPITULACIONES.—10. INSCRIPCION DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN LOS REGISTROS CIVIL Y DE LA PROPIEDAD.—11. OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES.—12. RESUMEN.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El principio de igualdad entre hombre y mujer, consagrado con carácter general en la Constitución Española (art. 14, igualdad de sexos) y específi-

camente en cuanto al matrimonio (art. 31-1, plena igualdad jurídica entre cónyuges), tuvo su reflejo en la Ley 11/1981, en lo relativo al gobierno de los bienes gananciales, estableciéndose el principio de que la gestión y disposición de tales bienes corresponde conjuntamente a los cónyuges.

Se ha dicho que este principio de igualdad tiene como consecuencia impedir la tradicional gestión unilateral excluyente del marido, pero que no impone la necesidad de participar los dos cónyuges en todos y cada uno de los actos que afectan al patrimonio común (1).

Pues bien, esta innecesidad de participar los cónyuges en todos los actos de gestión de la sociedad de gananciales, que al mismo tiempo comporta la correlativa validez de los actos realizados por uno solo, con repercusión patrimonial sobre los bienes de dicha sociedad, constituye el campo sobre el que ha tenido que desenvolverse la jurisprudencia del TS en la interpretación y aplicación de los preceptos reformados en lo referente al manejo de los bienes gananciales. Preceptos que ha aplicado con pragmática flexibilidad, manteniendo en esta área soluciones aparentemente próximas a las tradicionales, lo que levantó temores en la doctrina acerca de la eficacia, o del fracaso, en la aplicación de la reforma (2). La experiencia del tiempo transcurrido ha venido a justificar plenamente aquellos temores.

Atendido lo que acabamos de decir se puede afirmar que los criterios del Tribunal Supremo sobre el embargo de bienes gananciales van a depender de los que tenga sobre la responsabilidad de tales bienes, ya que aquél es un instrumento para hacer efectiva ésta sobre el patrimonio común.

La ejecución forzosa de inmuebles gananciales, en cuyo marco se encuadra el embargo, se regula en preceptos que pertenecen a distintos ordenamientos (civil, procesal e hipotecario), lo que le confiere una específica complejidad, nacida de la dificultad de armonizar la simultánea aplicación de aquellas reglas concurrentes a los casos que se enjuician (*vide ut supra*, capítulo II de este trabajo), (cfr. GUILARTE, *Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Madrid, Tecnos, pág. 10), además tampoco favorece la unificación de criterios el borroso perfil con que el derecho sustantivo delimita los supuestos de responsabilidad directa de los bienes gananciales, que queda abierto así a variadas interpretaciones y a la controversia doctrinal y, como decíamos al principio, más necesitada que otras materias de la asistencia jurisprudencial.

(1) FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, *La cogestión de los bienes gananciales*, Madrid, 1997, pág. 40.

(2) REBOLLEDO VARELA habla de «relativo fracaso» en la puesta en práctica del nuevo sistema que rompe esencialmente con el anterior de preeminencia del marido e instaura plenamente el principio de igualdad conyugal. Prólogo al libro de BELLO JANEIRO, *Defensa frente a terceros de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993.

El carácter «ordinario» en el ejercicio de la profesión o en la administración de los bienes propios o la regularidad en la explotación de los negocios, no resultan de fácil apreciación en la realidad de los hechos, por ello rara vez se invocan para fundamentar los fallos, sin embargo, se recurre como contraste firme y permanente al llamado interés familiar o beneficio del consorcio, para deducir la responsabilidad común por actos de un cónyuge, siendo dicho beneficio cuestión de hecho (3), sometido a la libre apreciación del Juez de Instancia (4).

Ocurre, además, que las cuestiones de hecho siempre han resultado difíciles de apreciar por el TS cuando, en ocasiones, se ha invocado error en la apreciación de la prueba porque, como se ha puesto de relieve (5), las sentencias civiles carecen de un «resultando de hechos probados» claro y conciso, a diferencia de lo que ocurre en las penales. Por ello, como veremos, las apreciaciones del JPI acerca de la clase de actividad del cónyuge agente y, sobre todo, del beneficio familiar, son apreciaciones fácticas (por las que se determinan las más de las veces el carácter de la deuda), ante las que el posible perjudicado no suele reaccionar, por lo que quedan incólumes en las instancias superiores, como se les suele recordar en los fallos dictados en casación.

En los primeros tiempos de la aplicación de la reforma, en sede de embargo de gananciales, ha existido una especie de inercia jurisprudencial (denunciada por algunos autores. Vid. GUILARTE, *Gestión y responsabilidad...*, cit., págs. 34 y 43) en emplear criterios mantenidos en la legislación anterior, que se ha solapado y en notable medida han influido en la aplicación de la vigente. En vigor la ley actual, se han juzgado casos anteriores conforme a criterios elaborados por la jurisprudencia en tiempos de la ley derogada, que luego han mantenido su aplicación bajo la legislación vigente (lo que tendre-

GUILARTE señala que el TS se muestra refractario a admitir las nuevas soluciones y, en otra ocasión, que se resiste a dar primacía a la realidad legal igualitaria, frente a una realidad social en la que esto no es así. *Gestión y responsabilidad...*, cit., págs. 34 y 43.

(3) La STS de 12-5-1989 contempla una tercería interpuesta por la mujer para levantar un embargo de bienes gananciales en litigio seguido contra su marido como avalista solidario de un S. A. En el FD 1.º se dice que la afirmación de hecho que la sentencia recurrida contiene de que la fianza constituida por el esposo a favor de la entidad ejecutada «no obedeció a una mera liberalidad, sino, por el contrario, vino encaminada a satisfacer un interés guiado hacia el buen desarrollo... de la entidad afianzada, de la que don Francisco era socio», lo que «necesariamente había de redundar en beneficio de la sociedad de gananciales...»

(4) La Ley de 30 de abril de 1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, suprimió de entre los motivos en que puede fundarse el recurso de casación, el error en la apreciación de la prueba (art. 1.692-7.º), adecuando el recurso a su finalidad de corregir sólo los errores en la aplicación del Derecho y unificar su interpretación.

(5) OCAÑA, trab. cit., pág. 118.

mos ocasión de comprobar al ver fallos concretos) (6). Incluso un buen número de sentencias equiparan las normas anteriores y las actuales respecto a las facultades de los cónyuges para comprometer los bienes gananciales, algunas de las cuales examinaremos más adelante.

2. ORIGEN DE LAS SENTENCIAS RELATIVAS AL EMBARGO DE BIENES GANANCIALES

La jurisprudencia del TS, relativa al embargo de bienes gananciales, cabe examinarla, igual que hicimos con la de la DGRN, en las diversas situaciones en que puede encontrarse dicha sociedad: vigente, disuelta y pendiente de liquidación o disuelta y liquidada.

Vigente la sociedad, contra el embargo de sus bienes se han ejercitado acciones de tercería de dominio con el fin de liberar del embargo la totalidad del inmueble trabado, o bien, la mitad indivisa de la que se considera titular el consorte del deudor.

Cuando en virtud de capitulaciones matrimoniales se ha disuelto y liquidado la sociedad de gananciales, conviniendo el régimen económico de separación de bienes, la experiencia demuestra que, a menudo, la modificación del régimen ha tenido por finalidad impedir el embargo que se pretende contra bienes gananciales adjudicados al cónyuge no deudor.

Ante tal situación, el acreedor perjudicado, al no encontrar bienes disponibles para el embargo, ha impugnado las capitulaciones por fraude. En otras, practicada la traba sobre un bien ex-ganancial, adjudicado al consorte del deudor, el acreedor ha tenido que enfrentarse a una tercería de dominio esgrimida por dicho consorte para levantar el embargo sobre su inmueble, privativo desde la adjudicación, a causa de una deuda que pretende que le es ajena (7).

(6) Durante los tres primeros lustros de vigencia de la Ley 11/1981, la gran mayoría de casos resueltos por el TS, se han referido a deudas contraídas antes de aquella fecha (expresivo índice de la lentitud con que se desenvuelven las actuaciones judiciales).

(7) También se han solicitado embargos sobre los bienes de la sociedad de gananciales disuelta y pendiente de liquidación. Si la deuda es responsabilidad de los bienes gananciales, la aplicación del párrafo 4.º del artículo 144 del RH es clara y no ha originado controversias. No obstante, si disuelta y no liquidada la sociedad, se ha pretendido el embargo de los bienes que integran la comunidad postmatrimonial por deudas privativas de uno de los cónyuges (o de los herederos), las sentencias han declarado, en plena sintonía con la DGRN, que mientras no se proceda a la liquidación con la subsiguiente adjudicación de bienes, no cabe embargar tales bienes concretos por deudas de un comunero, sino que la traba debe recaer, en su caso, sobre la cuota que en dicha comunidad pertenezca al deudor, como veremos más adelante en algunos ejemplos.

Por su relación con lo visto antes en la jurisprudencia hipotecaria, cabe referirse también al tema de si para reclamar deudas a cargo de la sociedad de gananciales, es

En los casos que acabamos de relacionar, de ejercicio de acciones de impugnación o de tercería, cobra relieve decisivo el carácter de la deuda cuya ejecución se persigue. La calificación de la misma representa una oportunidad para comprobar el nivel de exigencia con que el TS interpreta la regla de gestión conjunta.

En los casos de impugnación de capitulaciones matrimoniales otorgadas en fraude de acreedores, por las que se sustituye el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes, en las que se postula bajo diversas formas su ineficacia, una de las más frecuentes, su rescisión, resulta que ésta, como toda acción revocatoria, se considera sujeta al requisito de subsidiariedad (arts. 1.291-3.º y 1.294), es decir, a la circunstancia de que el acreedor no pueda de otro modo cobrar lo que se le debe, condición que resulta enervada las más de las veces por el recurso al principio de ileción que, respecto a las capitulaciones otorgadas durante el matrimonio, proclama el artículo 1.317, con sus artículos correlacionados 1.401 y 1.402 del Código Civil. Para desestimar la rescisión u otras formas de ineficacia (respecto de las cuales denuncia cierto confusionismo la sentencia de 9 de julio de 1990) se recurre con más frecuencia al artículo 1.317 que a verificar si se cumplen los requisitos que exigen los artículos 1.291-3.º y 1.294 (no poder «de otro modo cobrar lo que se les debe» o carecer «de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio») (8). Ahora bien, dichos preceptos, tan frecuentemente invocados, sólo son aplicables a deudas de la sociedad de gananciales, no a las privativas, de manera que en el proceso se hace necesario pronunciarse sobre el carácter de la deuda contraída por un solo cónyuge, cuyo carácter ganancial, a veces, dan por supuesto los fallos o lo justifican con escaso rigor.

Igualmente sale a relucir la naturaleza de la deuda en las tercerías de dominio motivadas por embargo sobre bienes ex-gananciales, puesto que en el caso de que la deuda se acredite ser de responsabilidad de tales bienes comunes, quiebra la razón del tercerista para librarlos del embargo, desde el momento en que él es deudor, no tercero, ajeno a la deuda (9).

necesario dirigir la demanda contra los dos cónyuges o es suficiente dirigirla sólo contra el deudor y notificar a su consorte. También haremos referencia a los fallos que se pronuncian sobre tal aspecto.

(8) La sentencia de 15 de junio de 1992 se refiere a la tutela de los terceros acreedores frente a un cambio capitular que sustituya el preexistente régimen ganancial del deudor por otro de separación de bienes, afirmando que en tal caso «dentro de la práctica forense cabe adoptar varios caminos para esta tutela, bien directamente, impugnando dichas capitulaciones matrimoniales, o bien ejercitando cualquier otra acción específica tendente a preservar la garantía de los créditos perjudicados por ese cambio capitular; de cualquier forma, lo que verdaderamente destaca es que aquella tutela habrá siempre de proclamar la inoponibilidad del cambio en lo atinente con respecto a la garantía de los terceros perjudicados».

(9) Como dice la sentencia de 18 de marzo de 1995: «La tercería de dominio habrá

Tales situaciones ponen de manifiesto el criterio con que el Alto Tribunal califica las deudas contraídas por un solo cónyuge, cómo verifica si responsabilizan directamente los bienes gananciales y de qué manera se delimitan las áreas de actividad dentro de las cuales los actos individuales de los cónyuges desatan la responsabilidad común.

3. INTERPRETACIÓN POR EL TS DE LAS NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES POR DEUDAS DE UN CONYUGE

Al establecerse la regla de administración conjunta, consecuencia del principio de igualdad, simultáneamente se pusieron de relieve los inconvenientes de tal forma de actuación. En el plano normativo, tuvo ya conciencia de ello el propio legislador, lo que le llevó a establecer buen número de excepciones en favor de la validez de actuaciones individuales (arts. 1.381, 1.382, 1.384, 1.385-1.º, aparte de los generales 1.365 y 1.319). Igualmente la doctrina que se preocupó por la aplicación de las nuevas normas, advirtió las notables dificultades que planteaba la rigurosa exigencia de actuación conjunta, como tuvo que experimentarlo directamente la jurisprudencia al descender del nivel abstracto de los principios al de las realidades sociales concretas (10).

La doctrina se manifestó con amplia variedad de pareceres. Unos autores destacan, como regla general, que la responsabilidad directa de los bienes gananciales se produce por la actuación conjunta de los esposos o por la de uno con el consentimiento del otro, constituyendo excepción los supuestos en que la actuación individual de un cónyuge endeuda los bienes comunes (11). La experiencia que ha proporcionado la aplicación de la norma en

de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor, que han de corresponder al tercero que demanda; de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de la tercera es propiamente tercero, es decir, no es el deudor».

(10) Tratando, en general, de la coestión de los bienes gananciales, se ha observado que ante las actuaciones individuales de un cónyuge ignorando el artículo 1.375 y concordantes del Código Civil, el TS se esfuerza por cohonestar los intereses contrapuestos que representan: el otro consorte, la fluidez en la gestión de los bienes gananciales y la seguridad del tráfico, estimándose que del conjunto de sentencias parece deducirse que la jurisprudencia se inclina por el último, en detrimento de los otros, «llegando a soluciones que, se diría, vienen a desvirtuar el nuevo sistema legal». M.ª CARMEN FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, *La coestión de los bienes gananciales*, Madrid, 1997, pág. 11.

(11) Cfr. RAGEL, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, cit., págs. 25 y 32, y GUILARTE, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, cit., pág. 62.

el tiempo transcurrido ha hecho que la doctrina se haya ido apartando de tales criterios.

Otros autores entendieron que los actos que se enumeran en el artículo 1.365 que, a la vez, constituyen fuente primaria de ingresos de la masa común según el artículo 1.347 del Código Civil, las deudas que originan tales actividades, la Ley «las declara apriorísticamente y cara al acreedor como si de deudas probadamente gananciales se tratara» (RAMS, cit., pág. 335).

En similar postura, partiendo de un criterio objetivo para calificar las deudas contraídas individualmente por cada cónyuge, se sostiene que las que se contraen «en beneficio o interés del consorcio, así como las que se orientan a la satisfacción de las necesidades familiares a su cargo» deben gravar, además de los bienes privativos, los gananciales (GORDILLO, cit., pág. 43) (12).

Adelantemos que la postura del TS se halla más próxima a las dos últimas. Con un criterio objetivo, las actividades, fuentes de ingreso del acervo común, en definitiva, lo que constituya beneficio consorcial, crean una apariencia de ganancialidad respecto a las deudas que generan, cuya subsunción en las reglas del artículo 1.365 (también en el 1.362-4.^a con el que a menudo lo equipara) parece no requerir pruebas demasiado exigentes. Captada aquella apariencia, la referencia a los indicados preceptos se hace a menudo de manera formularia y estandarizada (explotación regular de los negocios, ejercicio de actividades comerciales, etc.) como si no fueran necesarias mayores precisiones y, por supuesto, sin referencia alguna a si tales actividades tienen o no carácter regular u ordinario, que pudiera suponer una limitación a la capacidad individual del cónyuge para comprometer los bienes comunes.

Por tanto el interés familiar o beneficio del consorcio, que se utilizaba durante la vigencia de la ley anterior, sigue aplicándose incólume en la legalidad actual, deducido precisamente de las actividades que se relacionan en los mencionados preceptos (13).

La vigencia y la utilidad de este contraste que en tiempos recientes ha sido adoptado explícitamente por la Compilación del Derecho Civil del País Vasco, en su modificación de 1 de julio de 1992, hoy resulta quizá más justificada por cuanto ha desaparecido la regla absoluta de poner a cargo de los

(12) Cfr. asimismo, FERNÁNDEZ VILLA, *El pasivo de la sociedad de gananciales*, cit., pág. 734.

Vid. LÓPEZ PÉREZ, *Aspectos interno y externo de responsabilidad en la sociedad de gananciales...*, cit., págs. 747 y sigs.

(13) La sentencia de 23 de enero de 1987, dictada bajo la ley actual, aunque referida a hechos anteriores a la misma, estimó una tercera de dominio promovida por la esposa para levantar un embargo de bien ganancial por deuda del marido, posterior a la separación de los cónyuges, «puesto que no puede apreciarse que el marido obrase en interés de la familia, soporte ético de sus facultades para obligar los bienes gananciales».

bienes comunes todas las deudas contraídas durante el matrimonio por el marido administrador (art. 1.408-1.º). Ahora, la deuda puede ser común o privativa, lo que requiere la correspondiente prueba que la relación del artículo 1.365 puede facilitar, pero no debería evitarla.

No obstante, como contrapunto a las tesis que consideramos mayoritarias, en función de las razones expuestas y, sobre todo, en base a las sentencias que se han ocupado de la materia, hay que hacer referencia a aquellos otros fallos (alguno muy reciente) que disienten o que, decididamente, se sitúan en el extremo opuesto de lo que creemos que ha constituido aquella postura mayoritaria de la jurisprudencia. Los que vamos a ver son fallos que contemplan responsabilidades procedentes de fianzas prestadas unilateralmente por un cónyuge que, como decimos, cambian de signo respecto de los anteriores que, por regla general, habían declarado responsabilidades de carácter ganancial. Entre ellas cabe señalar las de 10-11-90, 5-2-91, 2-12-97 y 27-3-99.

En la primera se estima la tercería interpuesta por la esposa para levantar el embargo sobre un piso ganancial, trabado «en procedimiento ejecutivo seguido contra el marido, como avalista de un contrato de préstamo mercantil y, por consiguiente, de carácter gratuito conforme al artículo 349 del Código de Comercio, sin constancia alguna, según el relato fáctico no impugnado de que el afianzamiento constituido por el esposo lo fuese en interés de la familia» (14).

En la sentencia de 5-2-91, un marido presta dos avales ante Shell, S.A., por la venta de materiales a Agricultura y Cercas, S.A. Impagado el precio, la entidad vendedora demandó solidariamente a la compradora y al avalista. Este opuso que los avales eran nulos porque obligaban a los bienes gananciales a título gratuito («sin intervención ni el concurso, ni consentimiento de su mujer»), proponiendo la excepción de consorcio pasivo necesario por no haber sido demandada dicha esposa.

El FD 3.º responde que «no cabe acceder a la excepción expresada, ya que la esposa del recurrente no se encuentra obligada por el contrato de fianza concertado por su marido; por tanto no le alcanzan los efectos de cosa juzgada de esta sentencia» (15).

(14) A pesar del carácter gratuito que el artículo 441 —no el 349, como dice la sentencia— atribuye al préstamo mercantil, en la realidad éste se ha considerado de carácter gratuito, o bien de carácter oneroso, en función de las circunstancias de hecho que han rodeado el caso, libremente apreciadas por el JPL.

(15) A mayor abundamiento, se añade que «quien pide la nulidad de los llamados avales, por no haber intervenido en ellos su mujer, fue quien dio origen a tal nulidad... y en tal concepto no tiene legitimación alguna para solicitar que se declare una nulidad que surgió de sus propios y voluntarios actos. Así se deduce del artículo 1.302 del Código Civil...».

Y, como justificando la solución adoptada, el repetido fallo agrega: «La jurisprudencia, concorde con el criterio expuesto, declaró la validez de la fianza del marido que obliga la sociedad de gananciales, siempre que no se cree perjuicio o fraude para la mujer —sentencia de 12-5-89—, lo mismo cuando la esposa conoce el ejercicio profesional del marido —sentencia de 5-6-90—, o no consta oposición expresa de aquélla al ejercicio mercantil profesional de su marido —sentencia de 29-12-87—».

Mayor interés ofrecen las sentencias más recientes antes citadas. Aún con sacrificio del orden cronológico, nos vamos a referir, en primer lugar, a la de 27-3-99, puesto que contiene matizaciones que rara vez —o ninguna— se habían manifestado en los fallos anteriores.

Según el FD 1.º, la cuestión debatida viene conformada por el hecho «de que el esposo de la recurrente, con otras dos personas más afianzó solidariamente... la póliza de crédito otorgada por el Banco P. a la mercantil R., S.A. —de la que eran socios los demandados—... por 8.000.000 de pesetas que no fueron pagados, y lo que se trata es que la que recurre abone la deuda pendiente con su haber ganancial» (16).

La sentencia invoca la profunda reforma introducida por la Ley 11 de 1981, por la que la mujer casada «alcanzó situación de igualdad y gestión con el varón y por ello se vino a potenciar y preservar su haber ganancial», cuyos bienes estaban monopolizados por el marido, como «jefe de la familia», por lo que la jurisprudencia de la Sala debía adaptarse al texto vigente y, con ello, «superar el concepto de actuación en interés de la familia... para justificar las disposiciones del marido comprometedoras de los bienes gananciales por la atribución a sus deudas de la condición de ganancialidad (sentencias de 4-5-68, 5-4-84, 21-12-85, 28-3-89 y 15-3-91), y atendiendo a los preceptos civiles vigentes, la literalidad de los mismos no lo refieren y así resulta extralegal» (17).

Con tales consideraciones previas, la sentencia razona que el Banco acreedor «no planteó ni integró en el petitum de su demanda que se declarase que el afianzamiento prestado por el marido constituía efectiva deuda ganancial o deuda de la sociedad, como exige el artículo 1.401 del Código Civil, lo que actuaba como necesario presupuesto para obligar a la esposa». Con tal argu-

(16) Que se lo había adjudicado con anterioridad al nacimiento de la deuda, en virtud de liquidación de la sociedad de gananciales por medio de escritura de capitulaciones.

(17) Primera vez que conozcamos, hay que resaltarlo, que el TS considera fuera de la Ley el criterio del interés de la familia para discernir el carácter ganancial de las deudas de un cónyuge (postura largamente sostenida por GUILARTE. Vid. *Gestión y responsabilidad...*, cit., entre otras pág. 509) que viene a contradecir el gran caudal de sentencias anteriores que se atenía al mencionado criterio, bien que muchas de ellas se refiriesen a hechos anteriores a la reforma de 13-5-1981.

mento se casa la sentencia recurrida por incongruencia, puesto que no se había planteado el carácter de la deuda y, consiguientemente, no se había podido discutir procesalmente tal extremo, de modo que, sin declaración alguna de hechos probados en tal sentido, declaró que se trataba de «efectiva deuda ganancial» (18).

Para concluir nuestro comentario a estas sentencias que no consideran ganancial la responsabilidad contraída unilateralmente por el marido, cabe destacar, como ya apuntamos antes, que se trata de obligaciones procedentes de contratos de aval o de fianza (art. 1.822 del Código Civil), obligación singular que ha merecido especial atención de la doctrina (vid. GUILARTE, *Gestión y responsabilidad...*, cit., págs. 501 y sigs., además de otros autores que cita) y, sobre todo, ha sido objeto de reglas específicas en algunos ordenamientos. Así, la reforma del Código Civil francés de 23 de diciembre de 1985, como excepción a la regla general del artículo 1.413, de que los bienes comunes responden de las deudas de los cónyuges —con las salvedades que se mencionan—, vino a establecer en el artículo 1.415 que los cónyuges no pueden comprometer más que sus bienes propios y sus rentas o productos por un préstamo o una fianza.

También la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, cuya Ley 61, inicialmente decía: «Cualquiera de los cónyuges puede afianzar, obligarse de otro modo o dar garantía real tanto en favor del otro como de terceras personas», por reforma introducida por Real Decreto-ley de 26 de diciembre de 1975, se le agregó lo siguiente: «Estas garantías prestadas en favor de terceros por uno solo de los cónyuges, afectarán exclusivamente a los bienes privativos de éste...».

De todo lo cual se colige que atendidos los peligros que para los bienes comunes entraña la fianza, habrá que tener en cuenta las particulares circunstancias de cada caso al objeto de verificar si es posible o no encajar el afianzamiento unilateral prestado por un cónyuge dentro de los supuestos del artículo 1.365.

(18) Al no plantearse en la demanda la naturaleza de la deuda no se pudo verificar si era posible su encaje en el artículo 1.365 del Código Civil. Por otra parte, aunque el artículo 1.362-4.º se refiere literalmente a la «explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge», el precepto juega a efectos de determinar los gastos que son carga del patrimonio ganancial y su operatividad jurídica se produce en la responsabilidad interna y determinación del pasivo definitivo, en cambio el artículo 1.365 actúa hacia el exterior, en proyección a la defensa de los derechos de los acreedores por las deudas contraídas por uno de los cónyuges».

Constituye también aspecto a subrayar la distinción que puntualiza la sentencia entre responsabilidad interna y externa de la sociedad de gananciales, habitualmente olvidada en otras anteriores que, generalmente, han fungibilizado los dos preceptos a que se ha hecho referencia con escándalo de algún sector doctrinal.

En la práctica totalidad de las sentencias que declararon la responsabilidad ganancial de la deuda nacida de fianza, el criterio seguido fue el del interés de la familia o beneficio del consorcio (sentencias de 20-2-1987, 13-3-87, 28-3-89, 12-5-89, 15-3-91, entre otras muchas).

A menudo se ha invocado la gratuidad del afianzamiento mercantil (art. 441 del Código de Comercio) como argumento fundamental para excluir el patrimonio ganancial de la responsabilidad por fianza prestada por el marido. Comoquiera que la fianza es una obligación accesoria de otra principal, han sido las circunstancias de hecho de esta última, de cuya apreciación es soberano el JPI, las que han determinado, cuando las contrae un solo cónyuge, el grado de compromiso de los bienes gananciales por dicha fianza (19).

Y cabe pensar que en el futuro seguirá siendo así, que las circunstancias de utilidad, de normalidad, de adecuación a una gestión prudente de la obligación avalada proporcionarán razones al juzgador para considerarla, en su caso, de responsabilidad ganancial, sea para encajarla en el primer apartado del artículo 1.365-2.º o en la parte final del mismo, en el caso que el cónyuge agente ejerza el comercio con el consentimiento manifiesto o presunto de su consorte.

Algún interés ofrece también la sentencia de 2 de febrero de 1997.

Trata de la responsabilidad de una esposa cuyo marido ejercía el comercio, pero que por la forma de plantear el proceso y por los avatares del mismo, excluyó de responsabilidad los bienes gananciales. En dicha sentencia la base fáctica del recurso es la relación derivada de una serie de contratos de compraventa de mercaderías de las que era comprador el marido. En la documentación comercial existente entre las partes figura el nombre de la esposa aunque en ningún caso consta su firma ni se acredita su intervención.

La parte compradora no pagó el precio, por lo que la vendedora lo reclamó en demanda dirigida contra ambos esposos.

(19) A título de ejemplo, entre los muchos que podrían aducirse, valgan los siguientes: la sentencia de 12 de mayo de 1989, declara ganancial la fianza constituida por un marido a favor de una sociedad mercantil de la que dicho fiador era socio, puesto que «no obedeció a mera liberalidad, sino por el contrario, vino encaminada a satisfacer un interés guiado hacia el buen desarrollo y desenvolvimiento de la referida entidad afianzada», de la que era socio el fiador, «lo que, necesariamente, había de redundar en beneficio de su sociedad de gananciales».

La sentencia de 15-3-1991 resuelve sobre aval prestado por un marido a favor de una entidad mercantil de la que era administrador único y accionista mayoritaria la sociedad de gananciales. Después de poner de relieve la afección de los bienes gananciales a la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el marido cuando actúa en interés de la familia, extendiendo tal doctrina al aval «que pese a ser un negocio gratuito, como accesorio que es de otro principal, cuyo buen fin redunda en beneficio de la sociedad, también obliga a los referidos bienes comunes».

El JPI estimó la excepción de falta de legitimación pasiva de la esposa demandada, por no haber intervenido en las operaciones mercantiles y estar casada en régimen de separación de bienes desde el 20 de junio de 1981, en que se disolvió y liquidó la sociedad de gananciales en virtud de escritura de capitulaciones (no inscritas en el Registro Civil ni en el de la Propiedad) (20). Sin embargo, apelada la sentencia, la AP la revocó «en el sentido de extender la condena a la esposa demandada».

El TS resuelve de conformidad con el JPI, por las mismas razones que éste: la mujer no había sido parte en el contrato y el régimen económico era de separación de bienes. Se había infringido el artículo 1.254, la mujer no había contratado con el demandante, y el 1.259, el marido no tenía la representación de la esposa.

La sentencia toca dos aspectos más. En primer lugar, el artículo 1.317, que protege a los terceros acreedores frente a la modificación del régimen económico matrimonial, «pero éste no es el caso de autos; no se ha reclamado en la demanda la responsabilidad del patrimonio ganancial, sino que se ha interesado que se condene a ambos esposos a pagar el precio de unas compraventas en las que la demandada no fue parte compradora».

Respecto al carácter de comerciante del esposo, la sentencia recurrida aplica los artículos 6 y 7 del Código de Comercio, atendida la remisión a éste del artículo 1.365-2.º del Código Civil; pero tampoco resultan aplicables, pues tales preceptos se ocupan «de bienes que quedan obligados frente al acreedor por los actos realizados por el cónyuge comerciante; no se plantea que quede obligado el cónyuge como deudor sino la responsabilidad de los bienes gananciales».

Deben responder los bienes del cónyuge comerciante y los adquiridos a resultas del comercio y también los comunes, si media el consentimiento del otro cónyuge (art. 6 del Código de Comercio), «incluso los propios del otro cónyuge, si éste consiente expresamente (art. 9)», lo que no consta. «Es, pues, un tema de responsabilidad de bienes, no de la obligación de la que sea deudor el cónyuge del comerciante, que no contrajo obligación alguna».

(20) Fue con posterioridad, en que la reforma del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil (por Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto) estableció específicas consecuencias para el caso de que dichas capitulaciones no se inscribieran en el mencionado Registro.

4. SENTENCIAS QUE EQUIPARAN EL DERECHO ANTERIOR Y EL ACTUAL EN CUANTO A LAS FACULTADES DE LOS CONYUGES PARA RESPONSABILIZAR LOS BIENES GANANCIALES

A lo largo de lo que llevamos dicho queda manifiesta nuestra opinión de que el principio de gestión conjunta instaurado en la reforma de 13 de mayo de 1981, expresado en el artículo 1.375, ha determinado menos alteraciones en la conducta de los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales de lo que, a primera vista, cabría esperar, y que ello aparece corroborado por las sentencias que hemos ido analizando. Un dato más en la misma dirección lo constituye el buen número de sentencias que establecen equiparaciones entre las normas relativas a responsabilidad de los bienes gananciales por actos de un cónyuge establecidas por la Ley 11/1981 y las anteriores. Entre otras, se pueden sacar a colación las siguientes:

Sentencia de 3 de diciembre de 1985. Un contratista realizó obras en una parcela de un matrimonio por encargo de éste. Reclamado judicialmente el precio de las obras llevadas a cabo, el marido se opone alegando que, a la vista del contrato de obras, no le afecta la deuda, sino que sólo son partes el demandante y la esposa del recurrente.

La sentencia responde que al no haberse acreditado por los deudores que el régimen económico matrimonial era distinto del de sociedad de gananciales o que la parcela era privativa de uno de ellos, «realmente los dos responden con bienes comunes de las deudas de aquélla, como sería la obra discutida, y en tal sentido ambos cónyuges son deudores y obligados, en su caso, al pago de lo reclamado», lo que «está acomodado a la presunción que proclamaba tanto el artículo 1.407 del Código Civil en su antigua redacción, como el 1.361 actual, presunción no destruida por el impugnante y que determina por aplicación tanto del artículo 1.408 como por el vigente artículo 1.362, que con cargo a los bienes de la sociedad hayan de levantarse las cargas y gastos por ella asumidos».

Sentencia de 6 de junio de 1990. Esta sentencia juzga una tercería de dominio instada por dos esposas contra embargo de bienes de sus respectivas sociedades gananciales, por deudas contraídas por sus maridos, afianzando a una sociedad constituida después del matrimonio, de la que aquéllos eran socios y miembros del consejo de administración.

La demanda se desestima por falta de legitimación activa de la esposa por no tener, según doctrina constante, carácter de tercero, «tratándose en realidad de eludir la responsabilidad que alcanza a los bienes del matrimonio por una obligación contraída en 1976 por los esposos que redundó en interés de la familia», declarándose en la instancia en sentencias que ya desde la de primer

grado, acogida por la de apelación, hacen notar la plena responsabilidad de los bienes afectados bajo cualquiera de las modificaciones del Código Civil habidas, toda vez que, ya sea por la facultad del marido para obligar a los gananciales al contratar a título oneroso, ya por la atribuida a cualquiera de los cónyuges por el artículo 1.365-2.º vigente, la actuación aquí contemplada no es cuestionada ni desde la vertiente civil ni desde otra constitucional (21).

Sentencia de 15 de marzo de 1991. En la sentencia de instancia sobre disolución de la sociedad de gananciales, se ventilaba la responsabilidad de la misma por deuda del marido, originada por un aval prestado en la explotación regular de su negocio. Se declara tal responsabilidad, que afectó a los bienes adjudicados a la esposa en la liquidación.

El recurrente denuncia —aunque la sentencia no se explica con mucha claridad— que la aplicación del artículo 1.413, párrafos 1.º y 3.º, en su redacción anterior a la reforma del Código Civil por Ley 11/1981, resulta inconstitucional después de entrar en vigor la Norma Suprema (6 de diciembre de 1978).

La sentencia responde que «del examen de la sentencia impugnada no se deduce que el fundamento de su resolución tuviera que descansar sobre la aplicación de este artículo, al que se refiere de pasada, comparando el bloque normativo de aplicación general a la materia, anterior a la Ley 11/1981, y las disposiciones de ésta, justamente para llegar a la conclusión, tras examinar la cuestión de hecho debatida, que las normas aplicadas al caso, no pueden ser tachadas de inconstitucionales desde el momento que con la vigente se llegaría a las mismas consecuencias en virtud de lo que disponen los artículos 1.362-4.º y 1.347-1.º, 2.º, 5.º, ambos del Código Civil y demás normas y jurisprudencia de esta Sala que cita».

Todavía cabría añadir la sentencia de 23 de enero de 1987, a la que aludimos en ocasión anterior, referida a tercería ejercitada por la mujer, a fin de liberar un inmueble de un embargo trabado por deuda del marido.

La tercería se estima por el fundamento esencial del recurso que se basa en el hecho de «una separación entre los cónyuges, con ruptura de la vida en común, anterior a la fecha en que nació la deuda, hecho que impide estimar tal deuda como susceptible de sujetar los bienes gananciales y como incluida dentro de las facultades de administración del marido, todo ello en aplicación de los artículos 1.408, 1.413 y 1.417 del Código Civil en su anterior redacción, 1.365 de su redacción actual...»

En línea con estas sentencias, que equiparan las normas anteriores con las actuales en sede de responsabilidad de los bienes gananciales por actos de un

(21) Los recurrentes habían invocado el carácter anticonstitucional del anterior artículo 1.413, «que discriminó en su día, y volvería a hacerlo si se aplica a la mujer en detrimento de su capacidad actual respecto del varón».

cónyuge, y como argumento de congruencia respecto a la válida actuación de un cónyuge con trascendencia sobre los mencionados bienes, cabría relacionar bastantes otras que estiman la plena eficacia del consentimiento presunto de la mujer —deducido de las más leves conjeturas, ver a continuación sentencia de 6-12-1983— para la validez de los actos de disposición realizados por el marido, en los mismos términos que se hacía antes de la Ley 11/1981 (22).

Desde luego esta línea jurisprudencial viene influida, más bien, determinada, por el hecho de que a pesar del tono imperativo de los nuevos preceptos (vid. 1375), lo que establecía el anterior artículo 65 (en su redacción de 2-5-1975) se ha mantenido intacto en el actual 1.322 del Código Civil (cfr. FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, *La cogestión...*, cit., pág. 186).

En este sentido cabría nombrar las siguientes sentencias:

Sentencia de 6 de diciembre de 1983. En ella se impugna el consentimiento tácito de la esposa del vendedor de una finca por considerar que siempre ha de ser expreso.

La sentencia responde «que no es esa la doctrina interpretativa correlativamente al artículo 1.413 del Código Civil, ni aún en el régimen vigente: artículo 1.322» (23).

En igual supuesto que el referido, de falta de consentimiento de la esposa a la venta de un inmueble por su marido, la **sentencia de 10 de octubre de 1984** recuerda también que la venta no es nula, sino sólo anulable «como resulta claramente de los artículos 65 del Código Civil en su redacción de 2 de mayo de 1972, vigente al celebrarse el contrato cuestionado y 1.322 del mismo del Código Civil en su redacción vigente» (24).

(22) Como hemos apuntado más arriba, si la normativa actual acepta la validez inicial del acto de disposición de un cónyuge, sometida a la anulabilidad del artículo 1.322, ¿por qué no se acepta admitir la responsabilidad ganancial por obligaciones contraídas por un cónyuge —obligarse es menos perjudicial que disponer, para el acervo común— con posibilidad de que el consorte solicite su anulación?

(23) Se agrega, además, que «la exigencia del consentimiento uxoris podía revestir las dos formas de expreso o tácito, siempre, naturalmente, que pudiera inferirse de actos inequívocos, suficientes para acreditar ese plus de voluntad marital complementario del acto dispositivo realizado por quien tenía a su cargo la administración de la sociedad de gananciales, y ello hasta el punto de no sancionarse su falta con la nulidad radical o plena, sino con el efecto más débil de la anulabilidad, según acción que competía a la mujer o a sus herederos y no al marido». Entre los actos inequívocos que pueden acreditar el consentimiento tácito de la mujer, la sentencia a título de ejemplo, señala: su pasividad, no oposición a la venta constándole la misma, ausencia de perjuicio o fraude, etc.

(24) En análogos términos se expresa la sentencia de 25 de mayo de 1987, ante una venta por el marido se aprecia el consentimiento tácito de la esposa (bajo la legalidad anterior), añadiendo «tal doctrina es plenamente aplicable a la redacción dada al Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo».

La acción para anular la enajenación realizada por un cónyuge sin el consentimiento del otro sólo puede ser ejercitada por el consorte cuyo consentimiento se ha omitido o por sus herederos (art. 1.322). No cabe que la ejercite un tercero ni en ningún caso el esposo que no recabó el consentimiento del otro, y según ha declarado la jurisprudencia la pretensión de anulabilidad debe ejercitarse necesariamente mediante el ejercicio de la correspondiente acción, no cabe hacerlo por vía de excepción, lo que sí se admite para postular la nulidad (sentencia de 18 de junio de 1993, entre otras) (25).

Sobre la materia, pueden verse más sentencias relacionadas, y algunas comentadas, en M.^a DEL CARMEN FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, *La cogestión...*, cit., págs. 133, 134, 135.

Opina dicha autora que en la normativa sobre gestión de los bienes gananciales, el no sancionar los actos dispositivos de un cónyuge «con la nulidad de pleno derecho, sino con una eficacia relativa y disponible sólo al alcance de los cónyuges —del preterido en cada caso concreto— (art. 1.322), permite recuperar a éstos parte de la autonomía que, por causa del requisito del consentimiento dual, pudiera pensarse perdida.

Esa tensión entre la obligatoriedad de cogestión, de un lado, y el reconocimiento de un deber de respeto a la voluntad de los cónyuges en asuntos que son exclusivamente privados, de otro, se percibe en algunas sentencias, y es importante destacar que el Tribunal Supremo se decanta claramente por dar preferencia a esta última» (26).

De la sentencia de 1 de abril de 1993 es la siguiente reflexión: «Consecuentemente a lo expuesto, la eficacia del antiguo artículo 1.413 del Código Civil (1.322 actual), que es de aplicación, resulta adecuada...».

(25) En este sentido, la sentencia 14 de abril de 1990 afirma que la intervención de sólo el marido en la disposición de un inmueble ganancial, no posibilita que la declaración de ineficacia la solicite un tercero —la entidad recurrente—, «dado que, en virtud de lo normado en el párrafo primero del artículo 1.322 del Código Civil, que vino a refundir el anterior artículo 65...», el cónyuge, cuya previa licencia o consentimiento había faltado, era el único que podía instar su ineficacia.

La jurisprudencia ha salido al paso —incluso en tono recriminatorio— a cualquier intento de un cónyuge de invocar la falta de consentimiento de su consorte con el fin de anular una enajenación en tales condiciones realizada.

Los ejemplos serían numerosos, a título de muestra cabe reseñar: la sentencia de 23 de junio de 1994, referida a un intento de paralizar la ejecución de un inmueble ganancial, consecuente al impago de un préstamo hipotecario, el prestatario incumplidor alega que su esposa no tomó parte en la constitución de la hipoteca. En la sentencia de 25 de mayo de 1993, el marido trataba de anular su aportación de un inmueble ganancial a una sociedad, invocando que dicha aportación requería el consentimiento de su esposa, que no había recabado. El caso más frecuente suele ser el propósito de deshacer una compraventa, alegando la falta de consentimiento de la esposa del vendedor o del comprador. Como ejemplo de la primera de las alternativas, cfr. la sentencia de 18 de junio de 1993.

(26) Como ejemplo de esta actitud del Alto Tribunal trae a colación la sentencia de 20 de febrero de 1989, que afirma que el artículo 1.377 del Código Civil que, para actos de disposición, requiere el consentimiento de ambos cónyuges, «cede, y en consecuencia

5. EL CONYUGE COMERCIANTE, RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES

Es un hecho, que la gran mayoría de deudas litigiosas que se declaran responsabilidad de los bienes gananciales, fueron contraídas por comerciantes en el ejercicio del comercio o, más ambiguamente en palabras de las sentencias, desarrollando actividades de carácter comercial, por lo que parece conveniente detener un momento nuestra atención en el apartado final del artículo 1.365 del Código Civil, el cual después de relacionar los supuestos en que «los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge», como regla especial establece que: «Si el marido o la mujer fueran comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio».

A la vista de los artículos 6 y 7 de dicho Código, no cabe duda de que la remisión al Derecho mercantil implica un notable recorte a la regla general de actuación conjunta para los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales, al ensanchar notablemente las facultades del cónyuge dedicado al comercio (27).

La ampliación del ámbito de actuación del cónyuge comerciante, la establece la ley, tanto respecto a la disposición de determinados bienes comunes, como a la facultad de comprometerlos indeterminadamente, que es la faceta que nos interesa.

Discuten los autores sobre la capacidad del comerciante casado para disponer de las resultas del comercio (todos los bienes adquiridos por las resultas o sólo los que quedan afectos a la empresa, etc.), sin embargo, existe bastante unanimidad en torno a la amplitud de las facultades para comprometer los bienes gananciales (el consentimiento de su cónyuge se presume y contra ello

carece de aplicación, en el caso de que los actos de tal naturaleza, realizados por uno de los cónyuges, vengan expresamente confirmados por el otro, que es precisamente lo que sucede en el presente caso...». No estaría de más recordar aquí el amplio repertorio de signos con que la jurisprudencia aprecia, a su vez, la existencia del consentimiento tácito del cónyuge que no contrató.

La autora acaba diciendo que más que inaplicación del artículo 1.377, habría que considerar su efectiva aplicación, si bien interpretando con menor rigor el requisito del consentimiento.

(27) En la doctrina se ha planteado la duda de si la ampliación de facultades se justifica en aras del interés del propio comerciante, que necesita gozar de un amplio margen de actuación para facilitar la gestión de su empresa, o si tal ampliación mira al interés general del tráfico, «cuya agilidad y seguridad son principios prioritarios en el ámbito mercantil e, indiscutiblemente, están mejor atendidos del modo previsto en el Código de Comercio que mediante la exigencia de una intervención conjunta de los cónyuges, lo cual, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto, ralentiza las operaciones y aumenta la inseguridad», razones estas últimas que parecen abonar el favor de esta segunda hipótesis. FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, cit., pág. 83.

sólo vale la prueba de la oposición expresa, según el art. 7 del Código de Comercio), criterio que también comparte la jurisprudencia, de lo que resulta una actitud favorable de los Tribunales a declarar la ganancialidad de las deudas del comerciante frente a sus acreedores al objeto de que puedan embargar el patrimonio ganancial. Actitud, por otra parte, influida o motivada por los caracteres específicos de la profesión comercial.

En efecto, en relación a la figura del comerciante, persona «que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedica a él habitualmente» (art. 1-1.º del Código de Comercio), cabe destacar: por una parte, que la habitualidad —componente básico de toda profesión—, se manifiesta por la repetición de hechos y actos, cuya apreciación con motivo de prueba, suele resultar eminentemente fáctica y, por otra, que la actividad habitual del comerciante —al realizar actos en masa— adquiere una faceta pública que no se da en la generalidad de las otras profesiones, por lo que la Ley le dedica normas especiales (cfr. arts. 16 y 11 del Código de Comercio), creando una apariencia externa favorecida por algunas presunciones (como las que señala el art. 3 de dicho Código), todo lo cual viene a facilitar la prueba para acreditar judicialmente el ejercicio de una actividad comercial. Muy rara vez —quizá ninguna— se acude a pruebas técnicas (certificados del Registro Mercantil, acreditación de contribuir por el IAE, etc.). Lo que concuerda con la idea de algún sector doctrinal que, en los albores de la reforma, sostenía que en el nuevo régimen se confería especial significación a la apariencia, en el sentido de atribuir a cada cónyuge el poder de obligar los bienes gananciales por aquellas deudas que aparentemente se contraigan en beneficio del consorcio familiar.

La circunstancia, advertida antes, de que la mayoría de sentencias en las que se implica la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas de un cónyuge fueron contraídas por comerciantes, cabría relacionarla con las apreciaciones doctrinales de que el cambio que comportaba la reforma de 13 de mayo de 1981, se había notado en la práctica menos de lo que cabía esperar.

Algún autor señala al respecto que no han variado los hábitos de gestión de los bienes gananciales ni, lo que es más importante, el modo de resolver los conflictos que de dichos hábitos se derivan (FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, cit., pág. 52) (28).

(28) Con motivo del consentimiento que debía prestar la mujer para los actos de disposición del marido, según el artículo 1.413 del Código Civil en su redacción de 24 de abril de 1958, se elaboró la teoría del asentimiento. Se consideraba que la conformidad de la mujer al acto realizado por el marido no era un requisito para la validez del mismo, sino para su plena eficacia por cuanto con ello se desprendía de su facultad de impugnarlo, lo que fue plenamente asumido por la jurisprudencia. Aplicado a la contratación con posibles efectos sobre bienes gananciales, el asentimiento no implicaría compromiso personal del cónyuge que asiente (en la teoría mencionada, no se convertía en autor del acto jurídico asentido), sino que determinaría que la obligación asentida comprometía

Pero a tales factores, que algún sector doctrinal considera obstaculizados del cambio, habría que añadir lo que venimos repitiendo, que la jurisprudencia sobre responsabilidad ganancial por deudas de un cónyuge se ha generado, prácticamente en su totalidad, por deudas del comercio.

Y al remitir el artículo 1.365 al Código de Comercio, en los supuestos en que «el marido o la mujer fueren comerciantes», tal remisión conduce a los artículos 6 y siguientes de dicho Código, cuya redacción, de 2 de mayo de 1975, no ha sido modificada por la reforma del Código Civil de 1981. De aquí que continúe o se mantenga, en esta importante área de actividad, la misma regulación jurídica que antes, es decir, que permanezcan las amplias facultades del cónyuge comerciante sobre los bienes comunes. Y, con ello, continúa la eficaz protección que los artículos 6, 7 y 8 del Código de Comercio dispensan a los acreedores del comerciante, al responder los bienes de la sociedad ganancial de sus obligaciones, si ejerce el comercio con el consentimiento de su cónyuge, lo que se presume a falta de oposición expresa del mismo.

6. PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD GANANCIAL POR DEUDAS DE UN CONYUGE

El principio de gestión conjunta de los bienes gananciales, eje fundamental de la reforma de 1981, debía tener como consecuencia ineluctable la necesidad de demostrar si la deuda contraída por un solo cónyuge recae o no directamente sobre los indicados bienes.

No cabe duda de que un contraste de cómo se entiende la aplicación del mencionado principio básico, consiste en la forma en que se exige la prueba, bien de la concurrencia de consentimientos o bien en qué forma se verifica el que la deuda contemplada está incluida entre aquéllas que son directa responsabilidad de los bienes gananciales.

Nos parece clara una tendencia jurisprudencial favorable a admitir la ganancialidad de las deudas individuales de los esposos, sin hacer depender la convicción del juzgador de exigencias probatorias que cabría sostener y fundar en el principio de actuación conjunta. La apreciación de la ganancialidad de una deuda, habitualmente se funda en criterios objetivos, lo que lleva

directamente aquellos bienes. El consentimiento presunto del consorte del cónyuge agente está contemplado en numerosas sentencias referidas a actos de disposición. En el campo de las obligaciones, el consentimiento que se presume, a efectos de que la deuda de un cónyuge sea de responsabilidad común, no suele ir referida a actos concretos sino a actividades, normalmente comerciales, pero, a veces, también consistentes en el ejercicio de cualquiera otra profesión.

a una relajación formal de la prueba, a veces incluso a prescindir de la misma para declarar que dicha deuda es de responsabilidad directa de los bienes gananciales.

El criterio objetivo, como hemos reiterado, se funda en el beneficio del consorcio. Antes de 1981 los jueces verificaban si la actividad del marido era beneficioso para la familia, al objeto de declarar la responsabilidad de los bienes gananciales (29) y, de hecho, es lo que continúan haciendo en la actualidad, de manera que los fallos judiciales siguen considerando de responsabilidad ganancial las mismas deudas que antes se consideraban de tal naturaleza (deudas contraídas en las mismas condiciones que se contraían antes del 13-5-81). Desde luego no podría ser de otra manera, deben tratarse como gananciales aquellas deudas que realmente lo sean. Pero así como antes las deudas del marido administrador estaban calificadas como gananciales, ahora no ocurre lo mismo, más bien lo contrario y, sin embargo, los Tribunales siguen juzgando en función de la objetividad de la deuda que se reclama, dando por supuesto, a veces, que es de responsabilidad ganancial sin adecuada justificación previa y sin aludir o dar por cumplida la exigencia de gestión conjunta (30).

Como ejemplo de lo que acabamos de decir, veamos las sentencias que se relacionan a continuación. Unas resuelven impugnaciones de capitulaciones matrimoniales por fraude y, otras, tercerías de dominio contra embargos de bienes gananciales.

En el fundamento de los correspondientes fallos interviene decisivamente el carácter de la deuda, cuya naturaleza ganancial, en ocasiones, se la da por supuesta o se la trata como tal sin la pertinente justificación previa.

a) DEUDAS LABORALES

Sentencia de 17 de febrero de 1986. Un grupo de trabajadores solicita la rescisión de capitulaciones liquidatorias del régimen de sociedad de gananciales, otorgadas por el deudor y su esposa, al estar viciadas por fraude,

(29) La doctrina mayoritaria sostenía que de las obligaciones contraídas por el marido en el ejercicio de sus facultades de administración (arts. 1.413 y 1.408) respondían siempre los bienes comunes, al margen de que se hubieran realizado o no en interés de la familia. (La sentencia de 26-9-1986, referida a hechos anteriores a 13-5-181, afirma que «obligaban inmediatamente a los bienes gananciales las deudas contraídas por el marido al servicio del consorcio, aunque no lo fueran en el curso de la administración doméstica ordinaria). Algún sector opinaba que los actos del marido se presumían ejercitados en interés de la familia.

(30) El tema de la naturaleza de la deuda objeto de litigio es extremo que, a menudo, descuidan en primera instancia los litigantes a quienes pudiera interesar, en uno u otro sentido, lo que luego resulta difícil de plantear y resolver en casación.

determinante del perjuicio de los accionantes en sus créditos laborales, por despido improcedente y accesorias contra la empresa del marido.

La rescisión se deniega porque entre el Fondo de Garantía Salarial y el empresario habían satisfecho prácticamente todo el crédito.

Pero el FD 4.º aprovecha la ocasión para afirmar que «según el artículo 1.317 del Código Civil, la modificación del régimen matrimonial, practicada durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, precepto en cuya línea se encuentran la Ley 78 del Fuero Nuevo de Navarra... y el artículo 26 de la Compilación Aragonesa... lo que significa que los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria, con la responsabilidad consiguiente frente a las deudas que a los bienes gravaban, pero es incuestionable que la aplicación al caso de que se trate de aquel precepto del derecho civil común o de las citadas normas forales, con la indemnidad seguida para los titulares de los créditos, veda todo posible éxito a la acción pauliana, siempre de condición subsidiaria por lo mismo que se asienta en el cardinal presupuesto de la imposibilidad de cobrar».

Es decir, que al margen del fallo, la consideración ganancial de la deuda contemplada es evidente. Se había producido bajo la regulación actual, el despido calificado de improcedente, se produjo el 26 de diciembre de 1981 y la cuantía de la indemnización la señaló la Magistratura del Trabajo por sentencia de 26 de febrero de 1982.

¿Cuál sería el encuadre correcto de las deudas laborales en los artículos que regulan la responsabilidad directa o las cargas de los gananciales? ¿En el artículo 1.365-2.º: ejercicio de la profesión o ejercicio del comercio?, ¿acaso como carga de tales bienes, por adquisición como bien común del producto del trabajo satisfecho, artículo 1.362-2.º?

La sentencia guarda silencio sobre tales extremos y su discurso lógico transcurre al margen de la distinción entre deudas privativas y gananciales y sin ninguna preocupación de carácter probatorio acerca de la naturaleza de la deuda, ni matización previa alguna en tal sentido, considera aplicable el artículo 1.317, cuya plena eficacia presupone que la deuda sea ganancial.

El mismo criterio se sigue en una acción de rescisión de capitulaciones por fraude, que se deniega, puesto que el actor disponía de los artículos 1.317, 1.401 y 1.402, que se consideran aplicables, sin que la sentencia haga mención alguna a la naturaleza ganancial de la deuda, también de carácter laboral (**sentencia de 7 de noviembre de 1992**) (31).

(31) La causa remota de la deuda que se reclama, en favor de cuya eficacia se solicita la rescisión de las capitulaciones matrimoniales, era un accidente sufrido en 1979

La apariencia ganancial de las obligaciones laborales de los cónyuges es considerada suficiente por el TS para eximir de la prueba de que se trata de deudas comunes.

b) DEUDAS A LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El mismo criterio se observa respecto a las deudas a la Tesorería General de la Seguridad Social, sin duda por la estrecha relación entre las fuentes de unas y otras. Veamos algunos ejemplos:

La **sentencia de 17 de julio de 1997** contempla el supuesto de que por deudas a la TGSS, contraídas entre 1984 y 1988, se embargó un inmueble adjudicado a la esposa en capitulaciones matrimoniales otorgadas el 1 de julio de 1988, la cual interpuso tercería de dominio para liberarlo de la traba.

Distinguiendo la acción de tercería de la reivindicatoria, se declara la propiedad exclusiva de la esposa sobre la vivienda embargada, pero se añade que «lo único que se discute... es hasta qué punto la parte ahora recurrente está vinculada con el procedimiento de apremio efectuado por la entidad pública recurrida». La acción se desestima por no considerar a la esposa tercero en el sentido de que le afecta el débito, afirmando con carácter general que: «toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por éste contraídas —no hace distinciones—, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece en estos casos por el hecho de la atribución». Más adelante agrega, «que hay que tener en cuenta lo que se preceptúa en el artículo 1.365-2.º del Código Civil, que establece “como principio general” que la responsabilidad de los bienes gananciales no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados a cualquiera de los cónyuges según interpreta la sentencia de 13 de junio de 1986».

Lo más probable es que las deudas por impago de cuotas a la Seguridad Social sean de carácter ganancial. Pero subrayamos el que se dé por supuesto, sin mención a la clase de actividad o profesión ejercida por el marido que las contrajo y que se anuncie como principio general (sic) la responsabilidad de

por un trabajador dependiente del marido, de cuyas consecuencias se derivó una situación de incapacidad laboral transitoria y, después, una invalidez permanente declarada el 18 de marzo de 1983. El marido fue condenado al pago de una cantidad por haber incumplido sus obligaciones con la Seguridad Social. En ejecución de la sentencia se embargó una finca adjudicada a la mujer en capitulaciones otorgadas con anterioridad, el 17 de junio de 1983, en base a cuyo título interpuso acción de tercería, que fue desestimada por las razones apuntadas.

los bienes gananciales «frente al acreedor del marido por las deudas por éste contraídas».

En la **sentencia de 7 de noviembre de 1997**, también referida a deudas a la Seguridad Social, si se trasluce la actividad del marido, que «desde 1982 hasta 1985... fue titular de un taller de reparación de vehículos de motor». Con referencia a dicho período, la TGSS libró certificación de descubiertos contra dicho esposo.

Había ocurrido, además, lo siguiente: *a)* el matrimonio, el 3 de agosto de 1983, había otorgado capitulaciones matrimoniales, adoptando el régimen económico de separación de bienes, con la particularidad de que en ningún momento se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales, no se formó inventario ni hubo adjudicación de bienes, pero el cambio de régimen se anotó en el RC en octubre de 1983; *b)* el 30 de octubre de 1987, la esposa compró una casa que se inscribió en el Registro de la Propiedad «con el carácter de presuntivamente ganancial»; *c)* en virtud del apremio administrativo se trabó embargo sobre dicha finca, del que se tomó anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

Con tales antecedentes, la mujer interpuso acción de tercería de dominio contra su esposo y contra la TGSS, que fue estimada por el TS por la razón de que el bien embargado era privativo de la mujer, adquirido más de cuatro años después de disuelta la sociedad de gananciales.

No obstante, liberar del embargo la finca trabada a partir del supuesto de hecho que dio lugar al apremio, la sentencia recuerda la jurisprudencia continuada en cuanto a la lesión que, respecto de los derechos adquiridos por terceros, predica el artículo 1.317, en caso de modificación del régimen económico matrimonial durante el matrimonio, en virtud de la cual «existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados». Es decir, que las deudas contempladas se las consideraba de gananciales (32).

(32) Un tema interesante en esta sentencia surgió porque la representación del Estado, amparándose en la falta de inventario subsiguiente a la disolución, entendía que conforme a los artículos 1.401, 1.402 y 1.410, el cónyuge no deudor debía responder con sus propios bienes, por tanto, con la finca embargada. (El bien comprado figuraba inscrito «con carácter presuntivamente ganancial», asiento practicado seguramente desconociendo el Registro la modificación del régimen económico).

La sentencia razona sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales disuelta y pendiente de liquidación, que equipara a la comunidad hereditaria con su régimen de comunidad especial, que puede verse incrementada por los frutos de sus bienes si los producen, pero no con los bienes privativos ni sus productos o con el trabajo de los cónyuges. Que en el caso que se juzgaba, «para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario y que, no obstante, se adjudiquen bienes gananciales, pues entonces se confunden éstos con los suyos propios, supuesto de hecho diferente al que nos ocupa, en el que se parte de que no hubo liqui-

c) DEUDAS FISCALES

Como señala RIVAS (33), las deudas tributarias por el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio y por el de Renta de las Personas Físicas, por norma expresa de sus respectivos textos, tienen la misma consideración que aquéllas a las cuales se refiere el artículo 1.365 del Código Civil, es decir, son deudas de las que responden directamente los bienes gananciales. Sin embargo, las deudas originadas por otras clases de impuestos, aún sin norma específica, la jurisprudencia las considera también responsabilidad directa de la comunidad ganancial (sin explicar el fundamento de ello). Es cierto que los tributos que determinaron las deudas en los casos que veremos, ITE, Licencia Fiscal, están revestidos de una evidente apariencia de carga de los bienes gananciales a que se refiere el apartado 1.º del artículo 1.347 del Código Civil. Por otra parte, hay ocasiones en que del hecho de satisfacer los indicados tributos cabe deducir la cualidad de comerciante del deudor, causa determinante, casi única en lo que llevamos visto, del carácter ganancial de las deudas de un cónyuge.

Sentencias de 9 y 18 de marzo de 1995. Ambas se refieren a apremios fiscales por deudas a la Hacienda Pública.

En la primera, la ejecución forzosa se había iniciado por deudas del marido, «por impuestos que corresponden a su actividad industrial», atendida «su condición de comerciante».

En la segunda, el apremio se había iniciado por deudas fiscales, anteriores y posteriores a 1981, por Licencia Fiscal del Impuesto Industrial e ITE, generadas por un negocio de restaurante.

En ambos supuestos se otorgaron capitulaciones, disolviendo la sociedad de gananciales, adoptando el de separación de bienes (34). Embargados bienes adjudicados a las respectivas esposas, en ambos casos éstas interpusieron sendas acciones de tercería de dominio que fueron desestimadas.

La primera se apoya sencillamente en que las capitulaciones liquidatorias eran posteriores a las deudas (sin referencia específica a la naturaleza de las mismas) y en la buena fe de la Administración; que conforme al artículo 1.317, la modificación capitular no puede perjudicar a los derechos de terceros de buena fe, sino «desde la fecha de la inscripción en los correspondientes Registros» —aquí no la hubo— y, finalmente, que el régimen econó-

dación ni adjudicación de bienes, por lo que falta la base fáctica para el acogimiento del motivo, al no constar tampoco, como se ha dicho, una subrogación real. En definitiva, la acreedora conserva su acción contra los bienes gananciales, pero no contra los privativos del cónyuge, pues no se acreditó que hubiese confusión de patrimonios».

(33) *Anotaciones...*, cit., pág. 126.

(34) En la del día 9 se dice que en las capitulaciones los cónyuges «declaraban vigente entre ellos el régimen de separación de bienes».

mico matrimonial era el de sociedad de gananciales, «régimen legal entonces vigente a tenor del artículo 1.315 del Código Civil» y el bien trabado se presumía ganancial, conforme a lo que establece el artículo 1.361.

La segunda, más esmeradamente, razona que la tercería de dominio habrá de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor, «que ha de corresponder al tercero que demanda; de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente “tercero”, es decir, no es el deudor, como dice la sentencia de 21 de julio de 1987». «No se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, modificación que a tenor del anterior artículo 1.322, hoy artículo 1.317 del Código Civil, no puede perjudicar en ningún caso tales derechos». (Añade los conocidos argumentos de que «existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esta atribución».)

d) DEUDAS NO ESPECÍFICAS

Al margen de supuestos de deudas que podríamos llamar especiales, como las que acabamos de ver (laborales, fiscales, de la Seguridad Social), veremos ejemplos, de carácter ordinario, para calificarlos de alguna manera, en que se decreta la responsabilidad de los bienes gananciales por obligaciones de un cónyuge, sin prueba adecuada o, partiendo de la objetividad de la deuda, designando formulariamente el precepto que determina la responsabilidad común.

La sentencia de 15 de marzo de 1994, falla sobre impugnación de capitulaciones matrimoniales por las que se sustituye el régimen legal por el de separación de bienes, como medio para la satisfacción de un crédito. La acción se desestima por cuanto la deuda perseguida se contrajo con posterioridad al otorgamiento de las capitulaciones. No obstante, sin referencia a la clase de deuda (sólo se dice que existía desde los meses de noviembre y diciembre de 1986), la sentencia recuerda que, según el artículo 1.317, la modificación del régimen económico matrimonial, realizado durante el matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros y que «lo que aquel precepto consagra es una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares» (si las deudas son responsabilidad de los bienes gananciales, habría que haber matizado).

Sentencia de 25 de enero de 1989. Es seguramente la sentencia más acorde con las posturas doctrinales, según las cuales de, las obligaciones de

un cónyuge responden los bienes gananciales (vid. FERNÁNDEZ VILLA, *El pasivo de la sociedad de gananciales*, cit., pág. 739). En el fallo se da por supuesto que, si no se alega lo contrario, las deudas de un cónyuge recaen sobre los bienes gananciales.

Se desconoce el carácter de la deuda perseguida y su fecha. Sólo se sabe que en juicio declarativo ordinario contra los esposos, don José y doña Rosa, se solicita la rescisión de unas capitulaciones matrimoniales por las que se liquidaba su sociedad de gananciales (habiéndose adjudicado un inmueble de tal naturaleza a la esposa del demandado), por haberse hecho en fraude de acreedores, solicitando dejar sin efecto alguno las mismas y que se decretara la cancelación en el Registro de la Propiedad de los asientos producidos por las referidas capitulaciones.

El JPI desestimó la demanda en sentencia que, apelada, fue revocada por la Audiencia Territorial, la cual decretó la rescisión de los capítulos.

Recurrida por la esposa la sentencia, fue casada por el TS por dos motivos, en realidad uno solo. Primero, por no quedar probada la inexistencia de bienes —con exclusión del inmueble adjudicado a la esposa— sobre los que hacer traba, habida cuenta del carácter subsidiario de la acción rescisoria. Precisamente por tal carácter, sigue diciendo el FD 3.º, para que pueda decretarse la rescisión de un contrato celebrado en fraude de acreedores, es necesario que éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba (arts. 1.291-3.º y 1.294 del Código Civil). Segundo, que «en el supuesto que nos ocupa, habiéndose dirigido la acción con la finalidad de rescindir un contrato de capitulaciones matrimoniales en las que se adjudicó un inmueble que tenía carácter ganancial a la esposa del demandado... no tuvo en cuenta la actora que... es reiterada doctrina de esta Sala... que la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales, como consecuencia de las capitulaciones matrimoniales, otorgadas vigente matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, pues si mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con los bienes que se le hubiesen adjudicado, toda vez que existe una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados. Que como consecuencia de ello ha de subrayarse que la actora disponía, con carácter previo al ejercicio de la presente acción rescisoria, de otro recurso legal: el dirigir una acción ordinaria contra los demandados en la seguridad de que la masa de bienes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuviese después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída, «máxime cuando no consta, ni aun ha sido alegado en momento alguno por la actora, que tal crédito no recayese sobre la sociedad de gananciales», y al no haberlo hecho así, ha incumplido la exigencia de la subsidiariedad de la

acción rescisoria que imponen los artículos 1.291-3.º y 1.294 del Código Civil», por todo lo cual debía confirmarse la sentencia dictada por el JPI, denegando la rescisión solicitada.

Repárese en las siguientes afirmaciones: «en la seguridad de que la masa de bienes gananciales... habrá de responder de la deuda contraída» y que «no consta ni aún ha sido alegado... por la actora que tal crédito no recayese sobre la sociedad de gananciales» (35). Es decir, que si no consta otra cosa, la deuda contraída por un cónyuge es responsabilidad de los bienes gananciales. Lo que equivale a decir que las deudas de un cónyuge, en principio, son directamente a cargo de los bienes gananciales, que se presume que son responsabilidad de tales bienes. La prueba del carácter de la deuda aquí brilla por su ausencia, no se la considera necesaria.

En términos menos explícitos encontramos otras sentencias que tratan como gananciales obligaciones contraídas por un cónyuge —en todos los casos, el marido— sin previa demostración ni alusión a su carácter de deuda común.

Valgan a título de ejemplo:

En la **sentencia de 14 de octubre de 1987** (que luego veremos por otros motivos), ante la imposibilidad de obtener satisfacción de su derecho en un ejecutivo previo, un Banco ejercitó contra un matrimonio acción rescisoria de escritura de capitulaciones matrimoniales. El TS la desestima, puesto que la acción rescisoria es subsidiaria y al Banco acreedor «se le ofrecen posibilidades suficientes para lograr el pago de la deuda».

La naturaleza de la deuda debía probarse, puesto que se contrajo bajo la legalidad vigente. El TS la considera, sin lugar a dudas, de responsabilidad ganancial aún sin mencionarlo expresamente, cosa que resultaba necesaria, pues las deudas procedían de un póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles (de fecha 18-2-1983) y de otra de préstamo y crédito con garantía personal (de 22-6-1983).

No consta la profesión del deudor. La cualidad de una operación garantizada no sería suficiente, por sí sola, para calificar al deudor como comerciante (art. 1.365-2.º del Código de Comercio *in fine*), por lo que resultaba necesaria la demostración del carácter común del débito perseguido.

Para verificar el requisito de subsidiariedad, la inexistencia de todo otro recurso legal para la reparación del perjuicio (art. 1.294 del Código Civil), la sentencia se apoya en los artículos 1.317, 1.401 y 1.402 —que transcribe— relativos a la modificación del régimen económico matrimonial y que, sin matices previos, considera aplicables al supuesto contemplado, afirmando

(35) La sentencia de 9 de julio de 1990 estimó una acción pauliana precisamente porque la deuda era privativa, no podía ejecutarse sobre el acervo común, no resultaban aplicables los artículos 1.317 y 1.401.

literalmente: «que dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, que sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, dicho requisito no ocurre en los supuestos de disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de capitulaciones otorgadas, vigente el matrimonio, que no perjudican los derechos ya adquiridos por terceros».

En definitiva, sin demostración previa, considera que la deuda es ganancial y con escaso acierto, cita como origen de la doctrina aplicada la sentencia de 15 de febrero de 1986, referida a hechos anteriores a 13-5-1981, cuando la responsabilidad ganancial se regía por otras normas.

En la **sentencia de 22 de diciembre de 1992**, aunque no conste de modo expreso, por las fechas que relaciona parece que la deuda reclamada se contrajo bajo la vigente legalidad.

Fracasada la efectividad de un juicio ejecutivo, por haberse otorgado capitulaciones matrimoniales liquidatorias de la sociedad de gananciales, una Caja Rural instó declaración de nulidad de las mencionadas capitulaciones, que se concedió en las tres instancias, por el comportamiento fraudulento y doloso de los demandados, habiéndose hecho expresa declaración de temeridad.

Sin embargo, sin traer a colación el origen ni la naturaleza de la deuda cuya satisfacción se impedía mediante la liquidación de la sociedad de gananciales, la sentencia afirma que el artículo 1.317 «veda el perjuicio a los acreedores resultante de la modificación del régimen matrimonial en todo caso y, desde luego, cuando tal modificación implica la alteración de las reglas de responsabilidad existentes al tiempo de contraer la deuda» (36).

7. TERCERIAS DE DOMINIO CONTRA EMBARGO DE BIENES GANANCIALES

Antes nos hemos referido al origen de las sentencias sobre embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge. Después de examinar cuestio-

(36) En la sentencia de 19 de febrero de 1992, la esposa tercerista, entre otros argumentos, planteó con motivos procesales, «que para poder embargar bienes inscritos como privativos a favor de la misma, tiene que existir una previa declaración de que la deuda, fundamento de dicha traba, era de carácter ganancial, que este pronunciamiento debió pedirlo la parte demandada», que no lo hizo con claridad pues no reconvino, aunque pueda entenderse que lo hizo de forma implícita, pero en tal caso debió darse el traslado de reconvención, «pues se está haciendo una declaración respecto a la demandante que le afecta y que debe pasar por ella sin haber sido demandada». La sentencia contesta que «sería ocioso reproducir una línea jurisprudencial en donde se especifica que en toda tercería de dominio la oposición por el demandado embebe todas las cuestiones por vía de excepción en las cuales funde su enemiga al éxito de dicha acción de tercería». Por lo que no se admitió el motivo.

nes generales o comunes a la materia, relativas a la interpretación de las nuevas normas y a los caracteres de la prueba, vamos a ver los supuestos concretos de sentencias relativas a embargos sobre bienes de tal naturaleza, que expondremos atendiendo a la situación en que se encuentre la sociedad de gananciales, puesto que para excluir un bien ganancial del embargo se puede pretender vigente dicha sociedad o una vez disuelta y liquidada, en cuyo caso se contemplan, en realidad, bienes ex-gananciales. En este último supuesto, se involucran, a menudo, las capitulaciones matrimoniales por medio de las que se ha disuelto y liquidado dicha sociedad, sustituida por el régimen de separación de bienes (37). Tales capítulos liquidatorios son impugnables en cuanto perjudican derechos de los acreedores (art. 1.317 del Código Civil), lo que se lleva a cabo, a veces, por no ser posible el embargo, una vez sustituida la titularidad del bien que se intenta trabar.

En la solución de tales litigios habitualmente juega un papel determinante el carácter de la deuda que se ejecuta (privativo o común).

a) TERCERÍAS RELATIVAS A EMBARGOS DE BIENES GANANCIALES VIGENTE
LA SOCIEDAD

Los criterios determinantes para la solución de tales procedimientos son: por una parte, el considerar que un cónyuge no es tercero, por el hecho de detentar los bienes de la sociedad de gananciales en mano común, es decir, que durante el matrimonio —en palabras de la sentencia de 26-9-1986—, el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuye a la mujer, vigente la sociedad, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen se precisa la previa liquidación, único medio para conocer el remanente y hacerse en pago de él la correspondiente adjudicación; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no la legitima para entablar la tercería de dominio (con independencia de que pueda tener otros procedimientos para impugnar los actos realizados por el marido en fraude de su derecho). Por otra

(37) Ya hemos dicho que la sustitución del régimen económico suele responder a la finalidad de eludir el cumplimiento de las obligaciones contraídas individualmente por el marido y de las que respondían unos bienes cuya pertenencia, antes común, pasa a ser privativa de la esposa, con lo que se impiden los embargos que se pretendan contra los bienes gananciales, si en el momento de la traba la sociedad aparece liquidada y el bien adjudicado a la esposa, que no participó en el origen de la obligación que se ejecuta. Cfr. GUILARTE, *Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 10.

parte, tampoco se puede considerar tercero a quien es deudor respecto de la obligación base de la ejecución judicial, lo que ocurre cuando se demuestra que dicha obligación es de las que responsabilizan los bienes gananciales.

Los dos criterios se utilizan indiscriminadamente para estimar o desestimar las tercerías sobre tales bienes, lo que ha sido criticado por la doctrina que denuncia la falta de una línea jurisprudencial única en el tema que nos ocupa (vid. RAGEL, *CCJC*, núm. 18, septiembre-diciembre 1988, pág. 873. También GUILARTE, como veremos a continuación).

En realidad es la praxis lo que parece guiar la jurisprudencia en la aplicación de uno u otro criterio para, en función de la demostrada naturaleza de la deuda, estimar o desestimar la tercería.

Estos razonamientos se repiten y se alternan en numerosas sentencias, juzgando hechos anteriores y posteriores a la reforma de 1981. A título de ejemplo podrían citarse, entre otras, las siguientes: **26 de septiembre de 1986; 23 de enero de 1987; 12 de mayo de 1989; 19 de julio de 1989; 12 de junio de 1990; 16 de noviembre de 1990 y 4 de marzo de 1994.**

En la primera, sujeta al derecho anterior, el fallo se funda en la circunstancia antes referida de que, vigente la sociedad de gananciales, ningún cónyuge tiene la propiedad exclusiva de la mitad de dichos bienes y que mientras no se practique la liquidación, la mujer no tiene «más que un derecho expectante que no la legitima para entablar la tercería».

En la de **23 de enero de 1987** se estima la tercería, que el JPI y la AT habían desestimado por el carácter no ganancial de la deuda del marido, puesto que había nacido con posterioridad a la separación canónica de los cónyuges, contraída por el marido en interés propio no en interés de la sociedad conyugal. Las sentencias de instancia se fundaban en una circunstancia clásica de que la deuda era anterior a la escritura de capitulaciones matrimoniales por las que se sustituía el régimen económico por el de separación de bienes, adjudicando a la mujer la propiedad del piso embargado.

Sin embargo el TS atendió las alegaciones de la recurrente de que la separación de los cónyuges, «con ruptura de la vida en común anterior a la fecha en que nació la deuda, impedía estimarla» como susceptible de sujetar los bienes gananciales y como incluida dentro de las facultades de administración del marido, todo ello en aplicación de los artículos 1.408, 1.413 y 1.417 del Código Civil en su anterior redacción y 1.365 de su redacción actual».

La **sentencia de 12 de mayo de 1989** desestima la tercería interpuesta por la esposa «en relación con determinados bienes gananciales embargados en litigio seguido contra su esposo como avalista solidario de Directores Constructores, S.A.», por ser la deuda de carácter ganancial.

La esposa alegaba el carácter gratuito de una fianza constituida por el marido a favor de la sociedad demandada, sin embargo se acreditó que la

garantía en favor de dicha entidad, de la que el fiador era socio, «no obedeció a mera liberalidad, sino por el contrario vino encaminada a satisfacer un interés guiado al buen desarrollo y desenvolvimiento del negocio de la referida entidad afianzada... que necesariamente había de redundar en beneficio de su sociedad de gananciales no apreciando en consecuencia gratuidad del afianzamiento». Había actuado dentro de las facultades que le confería el artículo 1.413 del Código Civil para «obligar la sociedad de gananciales afectante a su matrimonio con doña...»

La sentencia de 19 de julio de 1989, de contenido sumario, resuelve una tercería interpuesta por la esposa que ante el embargo de un piso del matrimonio, «se opone a la ejecución despachada... por entender que no debe responder de las deudas con su parte de la vivienda».

La tercería se desestima, aplicando cumulativamente los dos criterios mencionados: «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, la esposa no puede ser tenida como tercero a efectos de legitimación para entablar la demanda de tercería en defensa de sus derechos consorciales» y «que cualquiera que sean los efectos respecto a las cuotas de cada uno en la disolución, es evidente que constante régimen legal, responden los bienes gananciales de las deudas de los esposos, generada por la adquisición de bienes comunes (art. 1.362, núm. 2.º)...».

Sentencia de 12 de junio de 1990. Desestima una tercería de dominio en virtud de la cual la actora solicitaba que se declarase que era «dueña o propietaria de la mitad proindiviso de las fincas relacionadas en el hecho I de la demanda», que en consecuencia de ello «se condenara a los demandados a estar y pasar por dicha declaración; se alcen las trabas y embargos sobre la mitad proindivisa de las referidas fincas...».

La desestimación se funda en la falta de titularidad actual de la esposa, «al tener en cuenta que la tercería de dominio implica el ejercicio de una acción reivindicatoria... no se ha acreditado por la actora el requisito del dominio sobre los bienes embargados, pues aceptado su carácter ganancial, no tendrá lugar hasta que se liquide la sociedad de gananciales, en cuyo momento quedará acreditado qué bienes pertenecen al marido y cuáles a la esposa».

Sentencia de 16 de noviembre de 1990. Estima la tercería ejercitada por la esposa para alzar el embargo de un bien ganancial trabado en juicio ejecutivo contra el esposo en virtud de una obligación que se acredita ser no ganancial, aval de «un contrato de préstamo mercantil y, por consiguiente, de carácter gratuito conforme al artículo 349 del Código de Comercio, sin constancia alguna según el relato fáctico no impugnado de que el afianzamiento constituido por el esposo lo fuese en interés y beneficio de la familia, ni prestado en el ejercicio ordinario de su profesión arte u oficio o en la administración ordinaria de sus bienes propios (art. 1.365 del Código Civil)...»

En la **sentencia de 4 de marzo de 1994** ocurría la particularidad de que el embargo del bien ganancial, cuya mitad indivisa trató de liberar la mujer con una acción de tercería, lo fue «como consecuencia de una sentencia penal en la que el marido fue condenado por falsedad y estafa a diversas penas principales y accesorias, y a las indemnizaciones correspondientes, nacidas al amparo del artículo 1.089 del Código Civil».

Aquí la tercería fue desestimada, una vez más, en base a considerar la sociedad de gananciales como comunidad en mano común, por lo que la mujer no tiene «más que un derecho expectante, que no la legítima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero esencial para ejercitar esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio».

Esta sentencia ha sido objeto de crítica en atención al fundamento del fallo y al origen de la deuda.

En cuanto a lo primero, la crítica realmente es de carácter general referida, por una parte, al confusionismo con que se manejan los criterios de falta de propiedad actual y el carácter —ganancial o privativo— de la deuda, lo que ocurre tanto en la sentencia que contemplamos como en las otras que acabamos de examinar (38).

Por otra parte, se pone de manifiesto la contradicción que implica que si considerar la sociedad conyugal como comunidad en mano común excluye la titularidad dominical actual, que legitimaría para entablar la tercería de dominio, ¿por qué se admite la posibilidad de producir la traba sobre unos bienes respecto de los cuales el deudor tampoco tiene una propiedad actual?

(38) Algún autor ha puesto de relieve «un cierto confusionismo en la argumentación reflejada, pues una cosa es carecer de la condición de propietario —que impediría la legitimación *ad processum* del eventual tercerista— y otra, sin duda diferente, carecer de la condición de tercero que sería obstáculo para, entrando en el análisis del fondo del asunto, considerar deficiente la legitimación *ad causam*. Y así diremos que carecería de la legitimación para interponer la tercería quien no es propietario, es decir, quien detenta los bienes en mano común. Por el contrario, al margen de lo anterior y sobre la base de haberle considerado previamente propietario, no sería tercero el cónyuge que debiera responder de la deuda en cuya virtud se hubiera producido el embargo cuyo alzamiento se pretenden. GUILARTE, *CCJC*, abril-agosto 1994, núm. 35, pág. 673.

En un razonamiento análogo, la sentencia de 12-6-1990 consideraba legítimo el acceso de la mujer al proceso, pero estimó que el tema de fondo era su falta de titularidad actual. Así se afirma que el JPI no negó a la actora la legitimación, como se pretendía de contrario, para «actuar como parte integrante de la sociedad de gananciales por su matrimonio con el demandado de ejecución, en defensa de los derechos de que se considere asistida respecto a determinados bienes de la sociedad... lo que le legitima para intervenir como tal», pero «sin que el reconocimiento de su legitimación procesal, deba confundirse con la realidad y eficacia del derecho que postula, cuestión que corresponde al fondo de la pretensión objeto de la demanda, esto es lo que le niega que pueda ser declarada dueña o propietaria de aquellas fincas reconocidas como gananciales».

No obstante, a tal razonamiento cabría contestar que el embargo, medida cautelar, es compatible con una situación jurídica pendiente de determinación, con una expectativa de derecho, reservando una prioridad al crédito garantizado para el caso de que el soporte del embargo se convierta en un bien concreto, o que desaparecerá la garantía si la expectativa no se confirma (vid. art. 206-10 del RH). Ejemplo de lo que decimos lo encontramos en el párrafo 2.º de la regla 1.ª del artículo 166 del RH, referido al embargo del derecho hereditario o, análogamente, en la amplia jurisprudencia de la DGRN que permite el embargo sobre la cuota de un cónyuge en la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada (cfr. Resolución de 3 de junio de 1986), doctrina plenamente acogida por el TS (cfr., entre otras, las sentencias de 8 de octubre de 1990 y 20 de noviembre de 1991). Sin embargo, para ejercitar una tercería de dominio, por principio, se considera necesario ser titular dominical actual del bien que se trata de liberar. (Como dice la sentencia de 26-9-1986, «la legitimación activa en la tercería de dominio radica, precisamente, en la titularidad del derecho que se oponga al embargo».) (39)

Finalmente, una crítica específica a la sentencia que analizamos la refiere GUILARTE al hecho de que la deuda se considerase ganancial (el marido había sido condenado en una sentencia penal por falsedad y estafa a diversas penas principales y accesorias, y a las indemnizaciones correspondientes nacidas al amparo del art. 1.089 del Código Civil), cuando debía encuadrarse entre las que con carácter privativo se enuncian en el artículo 1.366 del Código Civil y a la cual era ajena, y por tanto tercera, la esposa demandante.

b) TERCERÍAS EN EL SUPUESTO DE SOCIEDAD DISUELTA Y PENDIENTE DE LIQUIDACIÓN

Una situación que ha dado lugar a diversos juicios de tercería es la de sociedad de gananciales disuelta y pendiente de liquidación. Constituida una comunidad sobre el conjunto de bienes y derechos que integraban el patrimo-

(39) Aunque dentro del flexible pragmatismo de la jurisprudencia en esta materia, en muchas ocasiones el TS viene dulcificando la exigencia de titularidad dominical para la interposición de tercerías, a diferencia de lo que ocurre en orden a legitimar para el ejercicio de la acción reivindicatoria (GUILARTE, *CCJC*, cit., pág. 674). Ejemplo de ello, la sentencia de 16 de noviembre de 1990, en la que se afirma que: «a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio...», o la sentencia de 2 de febrero de 1994, citada por GUILARTE, «en el entendimiento cabal y exacto de esta acción de tercería de dominio, el tercerista no tiene que demostrar el dominio sobre la finca u objeto embargado, sino un derecho que le permita instar —como lo ha hecho— el alzamiento del embargo en cuestión».

nio ganancial, se ha intentado por algún acreedor el embargo de bienes concretos integrados en dicha comunidad.

El problema lo hemos visto al examinar las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, resolviéndose por el TS con idéntico criterio, a partir de la naturaleza jurídica de la repetida comunidad, en la que los comuneros tienen una participación determinada sobre el conjunto, pero indeterminada —mientras no se practique la liquidación— sobre los bienes concretos integrados en aquél.

Sin perjuicio de que más adelante pongamos de relieve el paralelismo que muestran las sentencias y las resoluciones sobre este tema, veamos algunos fallos que resuelven tercerías interpuestas al objeto de levantar embargos sobre bienes concretos integrados en una comunidad postmatrimonial (**sentencias de 8 de octubre de 1990; 20 de noviembre de 1991 y 17 de febrero de 1992**).

La primera contempla el supuesto de una sociedad de gananciales disuelta por defunción del esposo y pendiente de liquidación. Una deuda privativa de la viuda (posterior al fallecimiento de su marido), fue reclamada en juicio ejecutivo, embargándose una finca como de propiedad exclusiva de la deudora, a cuyo nombre estaba inscrita, pero acreditándose después su carácter ganancial (40). Los hijos y herederos, que no habían sido demandados, interpusieron tercería de dominio al objeto de levantar el embargo de la finca trabada. El Tribunal accede a «liberar, en lo atinente, el embargo trabado sobre la finca litigiosa por la eventual cuota que sobre la misma pueda corresponder a los actores... al no ser deudores de la obligación que fundó esa medida ejecutiva» y acreditado que la deudora, si es la responsable de la inmisión patrimonial a resultas del juicio ejecutivo, «habráse de mantener el embargo de dicha finca en lo que concierna a la previsible adjudicación que sobre la misma puede corresponder tras la liquidación de la sociedad de gananciales» (41).

Solución análoga se sigue en la **sentencia de 17 de febrero de 1992**, que contempla una sociedad de gananciales disuelta por separación de los cónyuges y pendiente de liquidación. En virtud de deudas contraídas por el marido con posterioridad a la disolución, se sustancia juicio ejecutivo en el que se

(40) Lo que se hizo en virtud de un expediente rectificador del IRYDA, en zona de actuación de la Concentración Parcelaria.

(41) La cuota en el patrimonio ganancial es abstracta, haciéndose visible sobre los bienes concretos que lo integran en forma de expectativa que acaso puede consolidarse en el pleno dominio sobre todo o parte del mismo, o desaparecer en la última etapa de la liquidación que es la adjudicación de bienes. Para preservar la garantía sobre el derecho de la deudora, la sentencia termina diciendo: «mientras tanto, dicha medida cautelar se mantendrá en torno a la cuota abstracta que, como tal, le pertenece en tanto se mantenga esa situación provisional de vigencia de la repetida comunidad postmatrimonial».

embarga una finca que figura a nombre de la sociedad ganancial. Ejercitada acción de tercería por la mujer, es estimada, ordenando el Tribunal: «alzar parcialmente el embargo, dejando a salvo la cuota del cónyuge no deudor».

Solución diferente, aunque con análogo fundamento, adopta el fallo de la de **20 de noviembre de 1991**, referida a un supuesto prácticamente igual a la de 8 de octubre de 1990, que acabamos de ver (42).

Otra vez estamos en presencia de una comunidad postmatrimonial entre viuda e hijos herederos. Contraída una deuda por uno de los hijos, es afianzada por la madre. Incumplida la obligación, en juicio ejecutivo se embarga una finca como de propiedad privativa de la madre, pero que luego se acredita que procedía de reemplazo de otra ganancial en un expediente de Concentración Parcelaria, por lo que se la declara de la misma naturaleza (cuando se había practicado ya la traba y anotado el embargo en el Registro de la Propiedad).

Los hijos no concernidos por la deuda interponen tercería de dominio que, estimada por el JPI, el cual declaró: «la propiedad de la comunidad hereditaria actora sobre la finca embargada y ordenando el alzamiento del embargo y la cancelación de la anotación preventiva correspondiente», lo que fue confirmado en casación (43).

c) TERCERÍAS CONTRA EMBARGOS TRABADOS SOBRE INMUEBLES EXGANANCIALES

El supuesto a contemplar lo hemos descrito antes. Un cónyuge pretende liberar del embargo un inmueble que se le ha adjudicado en la liquidación de la sociedad de gananciales —casi siempre bajo sospecha—, cuya traba se produce en virtud de una deuda de su consorte.

También aquí la jurisprudencia ha mantenido una doctrina uniforme basada preferentemente en el anterior artículo 1.322-3 y actual 1.317 (los fallos se refieren a hechos anteriores y posteriores a la Ley 11/1981, con predominio de aquéllos). Una vez determinado el carácter ganancial de la deuda, se desestima la tercería. Como veremos, si se demuestra que la deuda es privativa, se accede a levantar el embargo.

(42) Acaso la forma de plantear la demanda y el *petitum* tengan que ver con la diferencia.

(43) En el FD 2.º dice que el embargo practicado por el Banco «sobre la totalidad de la finca controvertida no se ajusta a la legalidad, en cuanto la traba alcanza a bienes afectos a la titularidad de los sucesores del padre fallecido», que «lo correcto era haberlo efectuado sobre la posible cuota participativa que en los mismos pudiera corresponder a doña Socorro y, en su caso, a su hijo don Javier —el deudor—...» que, en consecuencia, procede el «reintegro del bien injustamente trabado a sus titulares representados por la comunidad formada por la sociedad de gananciales en liquidación, cuyos titulares son doña Socorro y la comunidad hereditaria y herencia yacente del fallecido don Andrés».

El dominio de los bienes embargados lo funda el tercerista en la escritura de capitulaciones matrimoniales por el que se sustituye el régimen de gananciales por el de separación de bienes, con adjudicación de bienes concretos a los cónyuges. Ante la alegación del dominio, una respuesta frecuente en los fallos denegatorios es que «no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes, anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial», a los que ésta no puede perjudicar, conforme al artículo 1.322 anterior, hoy 1.317 (**sentencia de 21 de julio de 1987**). Estas afirmaciones se hacen previa estimación de que las deudas, motivo de ejecución, son a cargo de los bienes gananciales. Cosa que resulta fácil en las anteriores a la aplicación de la reforma, como ocurría en esta sentencia (44), respecto a las posteriores que, teóricamente, necesitarían la pertinente declaración, a veces se las trata como gananciales con sumaria justificación de tal naturaleza en los términos vistos más arriba.

Es de destacar que a favor del criterio de la sentencia se intenta sortear los posibles inconvenientes de las normas registrales, diciendo que el principio de legitimación registral proclamado en el artículo 38 de la LH no es «obstáculo a lo expuesto ya que, precisamente, en garantía de los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales, la Ley faculta para perseguir los bienes que ostentaren tal naturaleza, aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes privativos, en virtud del cambio de régimen económico-matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de la esposa y el deudor que los obligó fuera el esposo, posibilitando la anotación preventiva de embargo el artículo 144 del RH, siempre que, como ocurre en este caso, se haya dirigido la demanda contra ambos cónyuges».

La sentencia de 28 de abril de 1988, no obstante, referirse a hechos sujetos al derecho anterior, aplica el artículo 1.401, «directamente referible a este punto de las deudas de la sociedad de gananciales liquidada», que interpreta con más detenimiento que lo habían hecho fallos anteriores. Considerando que «contiene (como se ha puesto de manifiesto por la doctrina) un precepto explícito y otro implícito; pues en primer lugar se sujetan expresamente a responsabilidad los bienes adjudicados al cónyuge no deudor (lo que bastaría para la denegación de la tercería) con independencia de la responsabilidad del cónyuge deudor con todos sus bienes; pero esta responsabilidad limitada descansa sobre los presupuestos de que se trate de una deuda consorcial contraída por el otro cónyuge y que se haya formalizado debidamente el

(44) En ella se razona que «si no se había discutido la facultad del marido para obligarlos en el ejercicio de su profesión, es manifiesta la improcedencia de la tercería para liberar tales bienes de las trabas a que están sujetos».

inventario (que ha de incluir explícitamente las deudas pendientes a cargo de la sociedad; lo que, en el caso, reconocidamente se ha omitido). De no ser así, y éste es el precepto implícito, es decir, si los cónyuges han dividido el activo sin pagar alguna deuda consorcial, el cónyuge no deudor responde *ultra vires* por cuanto según el artículo 1.402, los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias» (45).

La variedad de argumentos y razones con que la jurisprudencia busca hacer eficaz la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas de un cónyuge —las de las sentencias que comentamos— nos parecen un indicio más del criterio del Alto Tribunal de primar los poderes de un cónyuge sobre los bienes comunes. En no pocas ocasiones se limita a dejar constancia de la anterioridad de las deudas respecto a la modificación del régimen económico matrimonial (46).

8. DEMANDA CONJUNTA A LOS CONYUGES O DEMANDA CONTRA EL DEUDOR Y NOTIFICACION A SU CONSORTE

Por su relación con la jurisprudencia hipotecaria, que antes hemos analizado y con referencia a las distintas situaciones en que pueden encontrarse los bienes de la sociedad de gananciales objeto de ejecución, vamos a ver brevemente qué ha dicho la jurisprudencia respecto al tema que encabeza este epígrafe.

El problema, afrontado inicialmente por la DGRN en la conocida Resolución de 28 de marzo de 1983 (cfr. la segunda parte de este trabajo), fue suscitado ante el TS, sobre el que se pronunció en la **sentencia de 26 de septiembre de 1986**, y lo hizo siguiendo las pautas de aquélla, en cuyos razonamientos se ampara.

El recurrente denunció «violación del artículo 144 del RH, ya que la demanda no se produjo contra ambos cónyuges y al provenir la deuda del

(45) «Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario...» Artículo 1.084 del Código Civil.

(46) Por ejemplo, «partiendo de las tesis fácticas inmutables, que son la posterioridad de la variación del régimen de gananciales al nacimiento de las deudas que causaron los embargos...», en palabras de la sentencia de 9-3-1995. Lo hace cuando el crédito del actor está constituido por deudas de carácter laboral (sentencias de 24-7-1991 y de 7-11-1992...) o cuando el embargo que se trata de levantar procede de un apremio administrativo por deudas fiscales del marido, caso de la sentencia de 18-3-1995. Pero también en los casos que hemos llamado de deudas ordinarias, por ejemplo, las sentencias de 15-3-1994 o de 25-1-1989, antes comentadas.

esposo, no puede producir el efecto que se pretende sobre los bienes gananciales» (vigente la sociedad).

Como los hechos se habían producido bajo la vigencia del ordenamiento anterior, la sentencia recuerda que «obligaban inmediatamente los bienes gananciales las deudas contraídas por el marido al servicio del consorcio, aunque no lo fuesen en el curso de la administración doméstica ordinaria, pautas que serían aplicables a la situación de donde dimana la tercería», y que «la locución del artículo 144 del RH, exigiendo la interposición de la demanda contra ambos cónyuges para hacer posible el embargo por deudas a cargo de la sociedad, fue matizada por la DGRN en el sentido de que para la salvaguardia de los derechos de la mujer sobre los inmuebles comunes era suficiente que le fuese notificada la pendencia del proceso contra su consorte y el embargo... actividad desplegada en el presente caso».

Pero el TS entiende que este criterio debe aplicarse igualmente bajo la vigente legalidad, por lo que continúa diciendo que: «aún para los conflictos surgidos con posterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, sería de tener en cuenta lo que apunta la Resolución de 28 de marzo de 1983» (47) en el sentido de considerar igualmente suficiente la demanda con notificación.

El criterio instaurado se reitera en sentencias posteriores, incluso da un paso más y lo aplica a supuestos en que la sociedad estaba ya disuelta y liquidada (sentencias de 28 de abril de 1988 y 20 de marzo de 1989) (48).

Sin embargo, debe constatarse que ambas sentencias contemplan deudas que son responsabilidad de los bienes gananciales. Las de la primera, por haberse contraído por el marido bajo la legalidad anterior —como se hace constar explícitamente—, y las de la segunda porque se las declara de tal naturaleza en el procedimiento de tercería.

(47) En justificación de tal postura hace suyos los argumentos de la mencionada resolución, que transcribe casi literalmente en la siguiente forma: «que la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guarda armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualesquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la ley establece uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso, aunque se vea afectado, no está obligado ni directamente ni como fiador».

(48) Ello no sería posible en el ámbito registral, pues si la finca ejecutada estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del cónyuge del deudor, para anotar sobre ella un embargo no sería suficiente que su titular hubiera sido notificado, el principio de tracto exigiría que hubiese sido realmente demandado en el proceso cuya sentencia podía perjudicarle. Véase, en este sentido, la Resolución de 28 de diciembre de 1998.

La doctrina ha llamado la atención sobre la impropiedad de que en la sentencia de 20 de marzo de 1989, se empleen los razonamientos de la Resolución de 28-3-1983, que se refería a la sustanciación de un ejecutivo contra un bien ganancial vigente la sociedad, sin embargo, la sentencia contempla una sociedad disuelta y liquidada (49).

Lo que ocurre y, aunque sea obvio cabe recordarlo, es que la función de juzgar y ejecutar lo juzgado es facultad —exclusiva, según el artículo 117-3.º de la Constitución— de los Juzgados y Tribunales, los cuales declaran el derecho sustantivo e imponen sus consecuencias en todos los ámbitos. A diferencia de los Registradores que limitan su función calificadora a los extremos que enuncia el artículo 18 de la LH.

Por ello, dice RIVAS TORRALBA, en relación a la sentencia de 20-3-1989, que declarado el «carácter común de la deuda reclamada, la procedencia del embargo —sobre finca ex-ganancial— es indudable, siendo innecesarios los demás razonamientos».

En las sentencias de **22 de diciembre de 1995 y 26 de junio de 1997**, se contemplan también supuestos de demanda con notificación, extremo que ya no se cuestiona ni es objeto de específicos comentarios en el texto de dichas sentencias.

9. IMPUGNACION DE CAPITULACIONES Y DEUDAS A CARGO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Hasta ahora hemos visto tercerías de dominio ejercitadas para levantar embargos sobre bienes gananciales, vigente la sociedad o una vez disuelta y liquidada.

Aún a riesgo de incurrir en alguna repetición, vamos a referirnos a esta última situación, sociedad liquidada, ante la que considerándose frustrado el acreedor para satisfacer su crédito sobre bienes gananciales que, por la liquidación han dejado de serlo, procede a impugnar las capitulaciones al objeto de restablecer la integridad de la masa ganancial. Las más de las veces la impugnación se intenta ante el fracaso de un juicio ejecutivo por no encontrar bienes que embargar en poder del deudor (el marido).

Después de algunas vacilaciones iniciales, al paso del tiempo la jurisprudencia se ha ido haciendo más uniforme en las numerosas sentencias que se han pronunciado sobre esta materia. En algunas, las menos, puede no haber mediado traba de embargo, pero en todas se ha planteado el carácter de la

(49) REY PORTOLÉS, «Jurisprudencia sobre fincas ex-gananciales», cit., en *BCRP*, núm. 261, noviembre de 1989, pág. 2253, y RIVAS TORRALBA, *Anotaciones de embargo*, cit., pág. 186.

deuda respecto a qué bienes deben soportar la responsabilidad de la misma, con cuyo motivo se pone de relieve el criterio amplio y práctico con que el TS interpreta y aplica las nuevas reglas —ya no tan nuevas— de gestión conjunta en sede de obligaciones contraídas individualmente por los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales.

Sin responder a un orden cronológico, quizá con alguna dependencia de la forma de pedir en los recursos, el TS ha ido adoptando diversas soluciones que pasamos a examinar.

a) SENTENCIAS QUE DECLARAN LA INEFICACIA (NULIDAD O RESCISIÓN)
DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

En primer lugar nos referimos a los fallos que declaran la ineficacia total en forma de rescisión o de nulidad, conceptos técnicos diferentes, pero que, a veces, se confunden en demandas y en sentencias, en función de la similitud de sus resultados (cfr. **sentencias de 7 de junio y 9 de julio de 1990**).

Un primer ejemplo podría constituirlo la **sentencia de 30 de enero de 1986**, que decreta la rescisión de las capitulaciones (criterio que después no ha prologado el TS) en un caso flagrante de dolo. No había sido posible el embargo de bienes del deudor principal ni del fiador, por lo que en juicio ordinario se solicitó «que se declarara la nulidad de los contratos de capitulaciones matrimoniales otorgados entre los cónyuges demandados».

Se acredita «la actitud dolosa y censurable de los recurrentes», por lo que, probado el fraude, en aplicación del artículo 1.317, «ha de acordarse su rescisión por esta causa, y la consiguiente ineficacia de unos contratos que habiendo reunido en su origen los requisitos esenciales para su validez y, por tanto, no siendo susceptibles de nulidad o anulabilidad, sin embargo se probó una lesión o perjuicio para los acreedores, dando así lugar a su rescisión por fraude; sin que quepa hablar de rescisión parcial, porque como un todo, los contratos objeto de rescisión tuvieron una finalidad unívoca que impide una ineficacia parcial» (50).

Si bien con algún matiz diferente, cabría considerar en la misma línea las **sentencias de 19 de febrero y 9 de julio de 1990** (51).

(50) Ante la alegación en el recurso de que la entidad demandante tenía otros medios para cobrar sus créditos, se le contesta que «es innecesario obtener la declaración de insolvencia en juicio previo, cuando por el conjunto de las pruebas se estime que el contrato se otorgó en fraude de acreedores» (sentencias de 25-6-1904 y 22-2-1913).

(51) En la primera de ellas, dictada con motivo de la deuda de un marido por aval, concurrían muchos indicios claros de fraude, por lo que admite la acción revocatoria o pauliana en aplicación del artículo 1.111 del Código Civil, afirmando: «En el proceso del que este recurso dimana no se está resolviendo cuestión alguna atinente a la responsabi-

Un caso de nulidad lo ofrece la **sentencia de 22 de diciembre de 1989**, que declaró «nulas la liquidación y adjudicación de bienes llevadas a cabo por los demandados en escritura de capitulaciones matrimoniales, ordenando la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad», habiéndose hecho expresa declaración de temeridad en primera y segunda instancia en atención al comportamiento fraudulento y doloso de los demandados. La nulidad se reclamaba en juicio declarativo ante la ineficacia del ejecutivo anterior, al no poder anotar el embargo sobre la finca adjudicada a la esposa (52).

Cabría tener en cuenta que la persecución de una responsabilidad sobre bien ganancial, implicaría declarar que la deuda perseguida es de aquéllas que gravan tales bienes (no cabe pensar en el art. 1.373, por estar disuelta la sociedad) así se deduce, además, de la invocación del precepto 1.317, aparte de los 1.399 a 1.402. Sin embargo, la sentencia no muestra preocupación alguna en dejar establecido el carácter de la deuda. Insistiremos en este aspecto a la vista de otras sentencias.

Sentencia de 18 de julio de 1991. Una sociedad anónima demanda a un matrimonio en solicitud de nulidad de sus capitulaciones matrimoniales y, subsidiariamente, de rescisión de las mismas por fraude de acreedores.

La demanda se desestima por la JPI y por la AT, pero es acogida por el TS que declara la rescisión después de comprobar que la modificación del régimen económico del matrimonio fue posterior a la asunción de la deuda,

lidad que pueda corresponder a la sociedad de gananciales formada por los citados cónyuges frente a la deuda contraída por el esposo mediante el repetido aval, sino simplemente, al concurrir en este supuesto los requisitos que condicionan la viabilidad de la ejercitada acción revocatoria o pauliana, de reponer la situación patrimonial de dicha sociedad conyugal al estado en que se hallaba con anterioridad al otorgamiento de la escritura litigiosa cuya nulidad se declara».

En la de 9 de julio de 1990, después de fracasado un juicio ejecutivo en el que no fue posible anotar el embargo trabado por aparecer la finca inscrita a nombre de la esposa, el fallo, después de afirmar el carácter subsidiario de la acción pauliana, dice que «ello no excluye de modo absoluto y para todo supuesto litigioso la posibilidad de impugnar por vía revocatoria o rescisoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones matrimoniales modificativas de un régimen económico-matrimonial anterior que se estimen hechas en fraude de acreedores, sino que tal posibilidad la condiciona o pospone a que previamente el acreedor haya tratado de obtener la satisfacción de su crédito, ejercitando su acción contra los esposos deudores» (lo que, evidentemente, ocurría en este caso, según hemos visto).

(52) El *consilium fraudis* se acredita en la «adjudicación a la esposa, luego de practicar liquidación de la sociedad de gananciales sin fijación del pasivo social, no obstante la existencia de la deuda y su conocida reclamación en vía judicial, lo cual contraviene no sólo el sentido de la normativa globalmente citada en la instancia (arts. 1.399 a 1.402 del Código)... sino que contradice, mucho más abiertamente, el precepto del artículo 1.317 del propio Código que veda el perjuicio a los acreedores resultante de la modificación del régimen matrimonial en todo caso».

poniendo de manifiesto que la finalidad de las capitulaciones era defraudar al demandante, por lo que resultan rescindibles en virtud de lo que dispone el artículo 1.317 del Código Civil, «la modificación del régimen matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros».

Esta sentencia tiene la singularidad de un voto particular que, respetando el voto mayoritario, considera más adecuado declarar, no la rescisión, sino la inoponibilidad de las capitulaciones a los terceros acreedores. Lo que permite mantener los demás efectos de dichas capitulaciones (53).

Factor común a los supuestos vistos en que se declara la ineficacia total, en forma de nulidad, es no sólo la existencia del fraude, sino la gravedad del mismo, lo que parece ser el factor determinante para dejar sin efecto las capitulaciones, en contra de la resistencia jurisprudencial a declarar la rescisión como veremos inmediatamente.

b) SENTENCIAS QUE DENIEGAN LA RESCISIÓN DE LAS CAPITULACIONES

Representan un contingente mayor las sentencias que deniegan la rescisión en virtud del carácter subsidiario de la acción rescisoria.

Sentencia de 15 de febrero de 1986. Esta sentencia declara improcedente la rescisión de las capitulaciones solicitada en juicio declarativo, «a fin de que la actora pueda reintegrarse de su crédito reconocido en sentencia dictada por el Juzgado... en juicio ejecutivo».

En su FD 2.º dice: «uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291-3.º del Código Civil), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria... sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener reparación del perjuicio».

Los recursos legales que enervan o vedan el éxito de la rescisión son los artículos: 1.317 («la modificación del régimen económico-matrimonial... no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (54); 1.401 («mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados...»), y el 1.402 que remite el derecho de los acreedores a los de las herencias (vid.

(53) Otras sentencias que declaran la rescisión de las capitulaciones son las de 29 de octubre de 1990 y 15 de junio de 1992, si bien esta última resulta ser una rescisión parcial, sólo en la medida que perjudica al acreedor. Nos referiremos a ella más adelante.

(54) Cfr. el artículo 26 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

art. 1.084 del Código Civil). En consecuencia, «es visto que, en el presente caso, no puede afirmarse que el banco actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria».

Esta argumentación, a veces con matices, se repite en una gran cantidad de sentencias posteriores.

Se trata de un razonamiento basado en el hecho de que las deudas que se persiguen y que motivan la impugnación son a cargo de los bienes gananciales, de lo contrario no tendrían aplicación los artículos 1.317, 1.401 y 1.402.

En esta sentencia se aplican tales preceptos sin referencia alguna a la naturaleza de la deuda —originada por un afianzamiento mercantil— cuya ganancialidad tendría a su favor los anteriores artículos 1.413 y 1.408-1.º, bajo cuya vigencia se había contraído y, en su contra, el artículo 441 del Código de Comercio, que presume gratuito el afianzamiento mercantil (55).

Esta sentencia y otras muchas similares, sin hacer salvedad alguna, aplican normas que presuponen necesariamente el carácter ganancial de la deuda contemplada, que no tendría aplicación si fuera privativa, cuyo carácter resultaría obligado discernir conforme al vigente principio de administración conjunta.

En las sentencias de **14 de octubre de 1987 y de 24 de noviembre de 1988**, el principio de subsidiariedad impide también el éxito de la acción rescisoria, pero en estos casos concretos, no porque existan otros recursos para la reparación del perjuicio (por lo que tienen menos interés para nuestros fines), sino por no haber «quedado probada la imposibilidad... respecto a cobrar el crédito», en el primer caso, y en el otro por «no agotarse la vía de apremio en el juicio ejecutivo», previo a la impugnación de las capitulaciones (56).

(55) La deuda por aval aparece con relativa frecuencia en las sentencias que comentamos. A pesar de la presunción mencionada, el carácter de la deuda se determina, siempre como cuestión de hecho, por la circunstancia de que se entienda contraída en beneficio del consorcio —por ejemplo, favoreciendo alguna sociedad o negocio familiar— lo que se estima las más de las veces, aunque también hay supuestos en que se hace la apreciación contraria.

(56) En la segunda de las mencionadas sentencias, el deudor había otorgado capitulaciones matrimoniales por las que se liquidó la sociedad de gananciales, adjudicándose a la esposa, además de ropas y mobiliario, tres inmuebles que se inscribieron a su nombre en el Registro de la Propiedad.

Con posterioridad, el mencionado deudor suscribió una póliza para descuentos comerciales (presentando relación de bienes en la que se incluyeron como de su propiedad los adjudicados a la esposa). Impagados los saldos negativos que se produjeron, el Banco acreedor para reintegrarse del descubierto, instó juicio ejecutivo en el que se embargó un automóvil y los inmuebles adjudicados a la mujer. Dictada sentencia de remate no se instó la ejecución, promoviéndose juicio ordinario en solicitud de que se declarase «la nulidad de las capitulaciones matrimoniales a que se hace referencia o, alternativamente, la rescisión de las mismas, con cancelación, en cualquiera de los casos, de la inscripción a que dieron lugar en el Registro de la Propiedad». El JPI estimó la nulidad, la Audiencia, con

Ante el singular carácter de la subsidiariedad apreciada en la segunda de las indicadas sentencias, alguien ha opinado que «la exigencia de subsidiariedad de la acción pauliana no hay que extenderla más allá de los límites razonables, y debe ponderarse con el principio *iura novit curia*, que permite al organismo jurisdiccional basar sus decisiones en fundamentos distintos de los utilizados por los contendientes. De ese modo no debe enervarse la acción pauliana por el hecho de que, mediante otra acción, se consiga el mismo resultado bajo el pretexto de la subsidiariedad de aquélla» (57).

- c) SENTENCIAS QUE NO DECLARAN LA RESCISIÓN NI LA NULIDAD,
SINO QUE CON VARIEDAD DE FÓRMULAS, DEJAN INMUNE AL ACREEDOR
DE LOS EFECTOS DE LAS CAPITULACIONES

Estas persiguen como objetivo final el limitar la ineficacia de las capitulaciones sólo respecto del acreedor, en cuanto le perjudiquen, bien haciéndolas inoponibles al mismo o bien declarando la permanencia de la responsabilidad sobre los bienes gananciales más allá de la disolución de la sociedad. Es la línea que con el transcurso del tiempo va adquiriendo una mayor continuidad y la que merece el favor de la doctrina que se ha ocupado de esta materia. Entre las muchas sentencias que responden a tal criterio, vamos a considerar las siguientes:

Sentencia de 13 de junio de 1986. Cabe colocarla en la cabecera del conjunto de sentencias a que se refiere este apartado.

Fracasado un juicio ejecutivo contra el fiador de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, en el que no pudieron tomarse anotaciones preventivas de embargo en el Registro porque las fincas estaban inscritas a nombre de la esposa del fiador, la entidad acreedora instó juicio declarativo contra ambos, solicitando: la nulidad de las capitulaciones y, subsidiariamente, su rescisión por fraude de acreedores, dejando sin efecto las adjudicaciones efectuadas con cancelación de los asientos practicados en el Registro de la Propiedad (deudas sometidas a la legislación anterior).

revocación de dicha sentencia, declaró la rescisión y, en casación se estimó el recurso, revocando la sentencia recurrida, así como también la de Primera Instancia.

El fundamento de tal resolución es el carácter subsidiario de la acción rescisoria (arts. 1.291-3 y 1.294), que «sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación, lo cual no ocurre en el caso de autos, toda vez que, al no agotarse la vía de apremio en el juicio ejecutivo promovido por el Banco actor-recurrido... no es dable estimar como probada su imposibilidad de resarcirse del crédito». (Acaso a la vista de la titularidad registral de los inmuebles, desistiera el recurrente de solicitar la ejecución de la sentencia de remate.)

(57) PASQUAU LIAÑO, «Comentario a la sentencia de 24 de noviembre de 1988», en *CCJC*, núm. 18, 1988, pág. 1031.

La demanda se desestima en las tres instancias. La STS dedica escasa atención a la solicitud de rescisión para centrarse en la de nulidad a la que trata de dar satisfacción, pero no concediendo dicha nulidad sino declarando la vigencia del derecho del acreedor sobre los bienes que integraban la sociedad de gananciales a pesar de sus adjudicaciones consecuentes a la liquidación.

En el FD 3.º establece la siguiente doctrina: «Si bien del sentido general de los artículos 1.399, 1.403 y 1.404 se desprende que debe resolverse la situación del pasivo de la sociedad conyugal y, por tanto, de los acreedores, con precedencia a la división y adjudicación de bienes, pues antes es pagar que partir, la circunstancia de que no se atienda a la liberación de las cargas y gravámenes y se pase a ultimar la liquidación, no significa que la operación practicada resulte radicalmente nula, sino que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor, con responsabilidad ilimitada y además el consorte, a diferencia de lo que acontecía en el derecho anterior, responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, pues en otro caso y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1.401 y 1.402 en relación al 1.084), tal responsabilidad será *ultra vires*, por lo que ha podido decirse que, con independencia de la que alcanza al esposo deudor, existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales, que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aún después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales, como también así la ha previsto el artículo 144-2.º del RH, lo que excluye, lógicamente, la procedencia de acudir a la vía de la nulidad negocial para preservar unos derechos que el propio precepto mantiene, posición ya adoptada por esta Sala en sus sentencias de 15 y 17 de febrero de 1986» (58).

Según el FD 4.º: «Sobre que las disposiciones mencionadas son de interpretación estricta, la consecuencia de la nulidad absoluta por disparidad entre el acto ejecutado y el precepto imperativo o de *ius cogens* no se origina cuando la norma vulnerada tenga previsto efectos distintos para el supuesto de que tal contradicción se produzca y, como dicho queda, los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil disponen que la falta del previo pago del pasivo no acarrea la ineficacia de las adjudicaciones, sino la subsistencia de los derechos de los acreedores en los términos regulados en tales preceptos».

(58) A pesar de la cita a tales sentencias, éstas denegaban una solicitud de rescisión amparadas en el principio de subsidiariedad, que allí existía: por no agotar los medios idóneos para cobrar lo adeudado, en el primer caso; y porque realmente se había cobrado la totalidad, en el segundo.

Como dijimos, los razonamientos de la sentencia no se preocupan de justificar la desestimación de la rescisión, a la que realmente no había lugar porque en autos no se demostró ni ánimo defraudatorio ni imposibilidad de cobrar por otro medio (vid. CABANILLAS, *CCJC*, núm. 11, abril-agosto de 1986, pág. 3765). La sentencia trata de responder a la petición de nulidad y lo hace de forma sucedánea, fundándose en el principio de ileción del artículo 1.317, sin nombrarlo, pero apoyándose en los artículos 1.401 y 1.402 a través de los cuales aquél despliega su eficacia (59). El criterio de esta sentencia, objeto de frecuentes citas, se repite en numerosos fallos posteriores.

Sentencia de 17 de noviembre de 1987. El fallo contenido en esta sentencia se inspira en el criterio de la anterior. Terminado infructuosamente el juicio ejecutivo motivado por impago de unas letras de cambio, se insta juicio declarativo solicitando la rescisión de la escritura de capitulaciones matrimoniales y subsidiariamente que «se declarase no oponible para el acreedor demandante la modificación del régimen matrimonial de los esposos demandados».

La rescisión se deniega porque, teniendo carácter subsidiario (arts. 1.291-3.º y 1.294), «sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso jurídico para obtener la reparación del perjuicio», requisito que aquí no concurre a la vista de los que establecen los artículos 1.317, 1.401 y 1.402. Sin embargo, denegada la petición principal, se accede a la subsidiaria, declarando no oponible al acreedor la escritura de capitulaciones matrimoniales por las que se liquidó la sociedad conyugal (60).

Sentencia de 27 de octubre de 1989. Igual que en la anterior, el fallo desestima la acción revocatoria ejercitada contra las capitulaciones matrimoniales que liquidan la sociedad de gananciales (arts. 1.111 y 1.290 a 1.299 del Código Civil) por su carácter subsidiario, el carecer de todo otro recurso, puesto que aquí son de directa aplicación el artículo 1.317 en relación con el 1.365.2.º, 1.401, 1.402 y 1.084 del Código Civil. Por tanto, «no se trata de rescindir el contrato de capitulaciones matrimoniales, sino de declararlo ineficaz frente a la vía de apremio instada por quienes, en aquel momento, osten-

(59) No insistiremos bastante en que los mencionados artículos se refieren a los acreedores sociales. En el caso de la sentencia, efectivamente, lo eran, en virtud de las normas —anteriores— a las que estaban sujetos, pero no habría estado de más hacer referencia a su naturaleza, teniendo en cuenta la profunda alteración registrada en la gestión de la sociedad de gananciales.

(60) En esta sentencia cabría destacar, como nota específica, el establecer que «aunque el requisito de la anterioridad del crédito —respecto de las capitulaciones liquidatorias— constituya la hipótesis ordinaria, tampoco pueden descartarse los nacidos con posterioridad a la enajenación impugnada si se demuestra que se llevó a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia, como ya declaró esta Sala en sentencia de 2 de marzo de 1981», lo que se repite, a su vez, en la de 17 de febrero de 1986.

taran créditos vencidos o se encontraran en situación de esperado próximo vencimiento, con la lógica expectativa de una responsabilidad patrimonial consecuente a un régimen económico matrimonial cuya modificación no puede perjudicarles» (61).

La **sentencia de 24 de julio de 1991**, aparte otros contenidos, da por bueno el fallo del tribunal *a quo* que había resuelto que las capitulaciones matrimoniales liquidatorias de la sociedad de gananciales «no afectaban a los derechos ya adquiridos por terceros, según dispone el artículo 1.317 del Código Civil y se ha repetido en reiterada doctrina jurisprudencial».

Sentencia de 15 de junio de 1992. En realidad esta sentencia debería figurar en dos de los apartados en que las hemos clasificado. En principio declara la rescisión, pero a renglón seguido, limita los efectos rescisorios sólo a lo que perjudique al acreedor.

En juicio declarativo ordinario se pide rescisión de capitulaciones matrimoniales que establecían el régimen de separación de bienes por haberse otorgado en fraude de acreedores.

Se acredita en autos que la finalidad de las capitulaciones era eludir el cumplimiento de la obligación contraída por el marido como avalista de una obligación de la que era acreedora la parte actora (sin ninguna referencia al carácter de la deuda) (62). Demostrada la imposibilidad de cobrar de otro modo, se estima la rescisión en las tres instancias. Pero el Tribunal matiza que a esta conclusión se puede llegar por dos cauces, el de la subsidiariedad —aquí acreditada— o bien al amparo de la universal y directa sanción prevista en el artículo 1.317 del Código Civil, «que tiende a preservar la garantía de los créditos perjudicados por el cambio capitular», añadiendo que «de cualquier forma lo que verdaderamente destaca es que aquella tutela habrá siempre de proclamar la inoponibilidad del cambio, en lo atinente, con respecto a la garantía de los terceros perjudicados». Siguiendo la línea jurisp-

(61) Análoga doctrina se aplica en la sentencia de **5 de junio de 1990**, en la que se falla que las fincas adjudicadas a la esposa en virtud de capitulaciones matrimoniales quedan sujetas al pago de una deuda ganancial, para lo cual el artículo aplicable es el artículo 1.317 del Código Civil, «de naturaleza específica en relación con el tema y, por tanto, de preferente aplicación a una norma general a todas las obligaciones, como es el artículo 1.111, cuya aplicación, desde luego no era procedente en el presente caso litigioso»).

(62) Como nos preocupa la naturaleza de la obligación y la prueba para verificarla, hay que resaltar que en lo que se transcribe de la sentencia en el Aranzadi, no hay la menor referencia expresa a tales extremos, no obstante se la considera ganancial y se le aplica la legislación vigente. En cuanto al origen de la deuda se dice simplemente que «por la modificación del régimen capitular efectuada por los esposos, se adjudicó una finca a la esposa del codemandado-avalista, en una obligación de la que era acreedora la parte actora». Es decir, que sin referencia específica a la clase de deuda, ni a la ley aplicable, se la juzga conforme a las reglas de los artículos 1.317 y 1.401, como si de una obligación ganancial se tratase.

dencial que se va decantando más reiteradamente, se transcriben argumentos de sentencias anteriores —de 13 de junio de 1986 y 19 de febrero de 1992—, entre los que cabe destacar que «frente al fraude de acreedores, la acción rescisoria debe tener efecto en la parte necesaria para satisfacer los derechos de un tercero y cabe negar la nulidad absoluta de las capitulaciones suscritas en fraude de acreedores, pues parece que ha de buscarse la subsistencia del acto en virtud del principio del “favor negotii” a salvo de declarar la ineficacia del acto en cuanto perjudique al acreedor».

Sentencia de 7 de noviembre de 1992. Un acreedor por deudas laborales solicita «que se declare la nulidad o en su caso la rescisión» de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas por su deudor, por ser simulada o hecha en fraude de acreedores. La demanda se desestima por el carácter subsidiario de la acción rescisoria, supuesto que no se da a la vista de lo que dispone el artículo 1.317, que la modificación del régimen económico, verificada durante el matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros y citando sentencias anteriores, deduce del citado precepto «la pervivencia de la responsabilidad patrimonial ganancial, no obstante, las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio» (63).

Como se ve, se aplica la ley actual a una obligación que se estima sometida a sus normas y en la que, sin prueba de ninguna clase, se la considera de responsabilidad ganancial. Cabría referir alguna sentencia más en análogo sentido al expuesto. Por ejemplo, aquéllas en que la liquidación de la sociedad de gananciales por medio de capitulaciones no es óbice para que la finca adjudicada a la mujer sea embargada por deuda del marido, anterior a la disolución y declarada de responsabilidad ganancial. Es decir, que la liquidación resulta ineficaz frente al acreedor. Entre las sentencias vistas con alguna otra finalidad, podríamos recordar las de 17 de febrero de 1986, 21 de julio de 1987 y 21 de mayo de 1992 (sujetas al derecho anterior). En la primera, una acción revocatoria de capitulaciones matrimoniales se desestima, en virtud de lo que dispone el artículo 1.317 del Código Civil, es decir, que «los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior». En la de 21 de julio de 1987, una tercería de dominio

(63) Añade, además, que ello «no significa la invalidez de la escritura en que se estipuló el régimen de separación de bienes, se liquidó la preexistente sociedad de gananciales, y se adjudicaron los bienes de la misma, siendo, por ende, innecesario al fin de hacerse efectivas sobre tales bienes las deudas anteriores y de las que debían responder, pedir la nulidad de la referida escritura o adjudicaciones, ya que lo que el precepto que se supone violado consagra es una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en consecuencia, no requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna».

trata de liberar del embargo un inmueble adjudicado a la mujer. No se discute la propiedad de la finca sino si debe responder de la deuda, lo que la sentencia resuelve afirmativamente, contraída bajo la normativa anterior, sin que por tanto, afecte al acreedor la separación de bienes convenida en capitulaciones. La de 21 de mayo de 1992, se refiere también a una tercería de dominio, promovida por la esposa para liberar del embargo un crédito que le fue adjudicado en capitulaciones, trabado por deuda del marido, anterior a la modificación del régimen conyugal. En aplicación del artículo 1.317 se declara que tal modificación es inoponible al acreedor ejecutante.

Sentencias más recientes, también analizadas bajo algún otro aspecto, siguen los criterios que han ido adquiriendo cierta uniformidad respecto a los derechos de los acreedores frente a la disolución de la sociedad de gananciales por capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio. La **sentencia de 6 de junio de 1994** declara «la irrelevancia de las capitulaciones matrimoniales que modifican el régimen económico matrimonial de los codemandados a los fines de que los bienes gananciales respondan de la deuda reclamada», contraída por el marido en el ejercicio del comercio, sin oposición expresa del otro cónyuge. No requiere declaración de ineficacia o nulidad de las capitulaciones. Igualmente la **sentencia de 13 de octubre de 1994** afirma que la modificación del régimen económico matrimonial por medio de capitulaciones no perjudica los derechos adquiridos por terceros, siendo innecesario pedir la nulidad de tal documento (cfr., asimismo, la **sentencia de 10 de marzo de 1998**).

Los ejemplos precedentes creemos que representan una trayectoria jurisprudencial relativamente uniforme, no desvirtuada por algunas sentencias que puedan apartarse de ella, de las que se deduce una disposición favorable del Alto Tribunal a considerar de carácter ganancial las deudas de un cónyuge, sin apurar exigencias probatorias acerca de tal naturaleza, al objeto de posibilitar a sus acreedores el hacer efectivo su crédito sobre los bienes de la sociedad de gananciales.

Para ello, el instrumento utilizado es la acción específica del artículo 1.317, que no pretende la rescisión de las capitulaciones, que no busca su nulidad o absoluta ineficacia, sino la falta de perjuicio de los derechos ya adquiridos por terceros o, en otras palabras empleadas por algunas sentencias, la inoponibilidad de tales capitulaciones al derecho del acreedor o bien la existencia de una responsabilidad *ex lege* —o una responsabilidad real— que persiste sobre los bienes gananciales, más allá de la liquidación, una vez adjudicados como privativos a uno de los cónyuges. Criterio postulado, a su vez, por la doctrina que se ha ocupado del problema (64).

(64) Cfr. en tal sentido, GUILARTE, *Impugnación de capitulaciones matrimoniales...*, cit., págs. 22 y 23, y también CABANILLAS, quien señala que esta postura jurisprudencial

Pero a la vista del artículo 1.401 del Código Civil, el favor del acreedor se halla condicionado a la circunstancia de que la deuda individual perseguida sea de responsabilidad de los bienes gananciales (vid. el FD 3.º de la Resolución de 29 de mayo de 1987) y ello requiere necesariamente si no una declaración judicial, alguna manifestación del juzgador sobre la naturaleza de la deuda que a veces no ha constado de forma explícita, como hemos subrayado tan a menudo, lo que constituye el elemento central de nuestra tesis, la propensión que muestra el TS a considerar gananciales las deudas individuales de los cónyuges, sin previa y adecuada fundamentación de tal postura.

Si las deudas son privativas (y ya hemos destacado en ocasión anterior la distinta actitud que al respecto mantienen el TS y la DGRN, para ésta toda deuda individual es privativa salvo declaración judicial de que es ganancial) entonces sí que cabe el ejercicio de la acción revocatoria, si se prueba, caso por caso, que el acreedor carece «de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio». En los casos en que se solicita anotación de embargo sobre finca adjudicada, en capitulaciones, a la esposa del deudor y se deniega por no haber acreditado previamente —lo que se considera imposible en el juicio ejecutivo— el carácter ganancial de la deuda, hay que entender que el CD remite a la acción revocatoria en el gran número de resoluciones que dejan a salvo la posibilidad de impugnar las capitulaciones matrimoniales, naturalmente por la vía del fraude de acreedores (65).

10. INSCRIPCION DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN LOS REGISTROS CIVIL Y DE LA PROPIEDAD

Según el artículo 1.333 del Código Civil, «En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matri-

es la que mejor se acomoda a nuestro Derecho y que, además, protege de la manera más sencilla y eficaz a los acreedores. Comentario a la sentencia de 7 de noviembre de 1992, en *CCJC*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1993, pág. 1033.

(65) Ver GUILARTE, cit., pág. 16, que recuerda en el sentido indicado las siguientes Resoluciones: de 16 de febrero, 29 de mayo, 18 de septiembre, 28 de octubre, 6 de noviembre y 12 de noviembre de 1987; 5 de enero y 25 de marzo de 1988 y 29 de mayo de 1989.

Cfr. también la sentencia de 9 de julio de 1990 (citada por GUILARTE) en la que el TS admitió la acción pauliana para satisfacer el derecho del acreedor privativo cuyo título obligacional estaba incorporado a un documento ejecutivo, al que se le denegó la posibilidad de embargar bienes de los anteriormente gananciales porque estaban inscritos, como consecuencia de la disolución y liquidación, a nombre del otro cónyuge.

monio. Si aquéllas o éstos afectasen a bienes inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria».

El tema de la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil lo hemos considerado al examinar las resoluciones de la DGRN, con mención especial de la de 25 de marzo de 1988.

En las sentencias del TS se plantea en diversas ocasiones el significado de la inscripción de las capitulaciones en los Registros, Civil y de la Propiedad, habiéndose depurado en dicha jurisprudencia una doctrina que coincide plenamente con la de la DGRN.

En realidad, dicha doctrina va encaminada a discernir y puntualizar el significado de la inscripción de las capitulaciones en los mencionados Registros que establece el artículo 1.333, cuya función respectiva con frecuencia ha sido mal entendida por los litigantes.

Así, por ejemplo, en una sentencia de 6 de diciembre de 1986, el recurrente «denuncia la infracción de la disciplina del artículo 1.333 en cuanto que tras el otorgamiento del pacto modificativo no se tomó razón del mismo en el Registro de la Propiedad», a lo que le contesta la sentencia que lo que hace el artículo 1.333 es especificar «que si los pactos modificativos del régimen económico afectaran a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria, requisito, pues, de garantía o como regla de terceros... como un efecto de mera publicidad y no de eficacia...».

La inexpressiva **sentencia de 9 de marzo de 1995**, se refiere a capitulaciones matrimoniales liquidatorias de la sociedad conyugal, de las que afirma que «sólo pueden perjudicar desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros». La mujer había ejercitado acción de tercera de dominio para liberar del embargo un inmueble que se le había adjudicado en la modificación del régimen de sociedad de gananciales sustituido por el de separación de bienes. La traba se produjo en virtud de un procedimiento de apremio por débitos de carácter fiscal. La tercera se desestimó simplemente por lo que llama «tesis fácticas inmutables, que son las de la posterioridad de la variación del régimen de gananciales al nacimiento de las deudas que causaron los embargos y la buena fe de la Administración del Estado a cuya instancia se produjeron aquéllos». Se tiene en cuenta únicamente que las deudas se contrajeron antes de instaurar el régimen de separación de bienes, y se da por supuesto que tales deudas posteriores a 13-5-81 son de carácter ganancial, sin aludir para nada a tal circunstancia.

Más interés ofrecen las de **6 de junio de 1994 y 10 de marzo de 1998**, ambas del mismo ponente (ALMAGRO NOSETE), en las que se puntualiza la función de los dos Registros, Civil y de la Propiedad, «en vista de las dudas que suscita el sistema de publicidad adoptado por nuestra legisla-

ción, en beneficio de la seguridad del tráfico para proteger a terceros frente a las modificaciones que se produzcan en el régimen económico matrimonial».

La de **6 de junio de 1994** se propone «evidenciar la irrelevancia de las capitulaciones matrimoniales que modifican el régimen económico matrimonial de los codemandados a los fines de que los bienes gananciales respondan de la deuda reclamada», poniendo de relieve que la plena eficacia de las capitulaciones, es decir, su oponibilidad *erga omnes* la consigue por su inscripción en el Registro Civil, y ello sin alterar «el régimen de publicidad registral inmobiliario con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 1.333 del Código Civil, respecto de los inmuebles concretos afectados por capitulaciones matrimoniales en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos previstos en la Ley Hipotecaria».

En la sentencia de **10 de marzo de 1998** se declara también la inoponibilidad de la modificación del régimen económico matrimonial por medio de capitulaciones hasta su inscripción en el RC.

Señala el carácter facultativo de la indicación en el mencionado Registro y que su efecto consiste «en la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros de buena fe» (66).

La virtualidad del RC la opone la sentencia a la alegación del recurrente de que «los inmuebles que se adjudicó en pago de su haber ganancial, como consecuencia del nuevo régimen de separación pactado en capitulaciones, figuran inscritos “a raíz” de aquéllas como bienes privativos en el Registro de la Propiedad».

La sentencia responde que «no cabe que se confunda la propiedad de los bienes adjudicados, con la responsabilidad por las deudas de la sociedad de gananciales que se liquida y con la imputabilidad de las deudas contraídas por el cónyuge con un tercero a dicha sociedad, mientras no se produzca la publicidad necesaria sobre un nuevo régimen económico del matrimonio», añadiendo más adelante que «cuando no conste en el RC, conforme con el artículo 77 de la Ley del Registro Civil la alteración del régimen económico... el tercero de buena fe se halla plenamente protegido, de modo que no pueden oponerse al mismo, las consecuencias jurídicas del nuevo régimen económico».

Diferenciando el significado que tienen en esta materia uno y otro Registro, la sentencia agrega que «si falta esta publicidad del RC o está en discor-

(66) El artículo 77 de la Ley del Registro Civil, después de decir en su primer párrafo que la indicación es potestativa, añade en el segundo: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 (hoy 1.317) del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado, sino desde la fecha de la indicación».

dancia con lo que resulta de la toma de razón en el Registro de la Propiedad cuando... las capitulaciones matrimoniales afecten a inmuebles, sin perjuicio de las posibles responsabilidades en que haya podido incurrirse, los terceros de buena fe, especialmente protegidos por el Registro Inmobiliario, no verán alterada su posición jurídica». Más ello no significa, como parece pretender el recurrente, que los terceros, en general, estén concernidos y obligados por la publicidad del Registro inmobiliario al margen de lo que resulte del Registro Civil que es, en definitiva, el que hace público para todos el régimen económico modificado».

Quiérese decir que la inscripción en el Registro de la Propiedad de adjudicaciones de bienes inmuebles consecuentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, faltando la publicidad de tal liquidación en el Registro Civil, no pone a los adjudicatarios a salvo de las responsabilidades que afecten a tales bienes, contraídas con anterioridad a la disolución, aunque se declaren después, las cuales podrán hacerse efectivas sobre los bienes adjudicados, que podrán ser objeto de traba y de la subsiguiente anotación de embargo ordenada por la autoridad judicial (a salvo terceros hipotecarios protegidos) (67).

11. DEUDAS EXTRA CONTRACTUALES

Con antecedentes en el anterior artículo 1.410 del Código Civil (que decía que no estarán a cargo de la sociedad de gananciales «las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren» a los cónyuges) el artículo 1.366 consti-

(67) Ello no se habría considerado posible en el ámbito del derecho registral con anterioridad a la Resolución de 25 de marzo de 1988, puesto que el Registrador no declara el derecho y debe atenerse a las normas de prioridad. Sin embargo, aquella resolución, sacando notable provecho del nuevo artículo 1.373 del Código Civil, que permite el embargo de bienes gananciales por deudas privativas de los cónyuges, estableció la doctrina —luego muy reiterada— de que «El Registrador habrá de dar efectividad frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de una de las facultades que le confiere el régimen de gananciales, en concreto el artículo 1.373 del Código Civil —embargo de gananciales por deudas privativas, vigente la sociedad— en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo y notificarse al cónyuge del deudor se había producido con eficacia contra terceros de buena fe el cambio de régimen de gananciales; y en el supuesto contemplado no se le ha acreditado, ni resulta de su Registro (art. 18 de la LH), que al trabarse el embargo que se pretende anotar y notificarse al cónyuge del deudor se había tomado dicha indicación en el Registro Civil de las capitulaciones otorgadas; ni siquiera se había producido, respecto al concreto bien afectado por el cambio de régimen, la publicidad individualizada de dicho cambio en el folio particular abierto a aquel en el Registro de la Propiedad». Es decir, que al trabarse el embargo y notificarse al cónyuge no deudor, todavía no se había inscrito a favor de la esposa el inmueble adjudicado en las capitulaciones, aunque luego se inscribiera, antes de que llegara el embargo al Registro.

tuye una novedad de la reforma de 13-5-1981 (68), y según LACRUZ parece responder a la idea de que «todas las responsabilidades de tipo extracontractual, consecuencia de infracciones realizadas con motivo de una gestión del negocio que alimenta la masa ganancial y de cuyas ganancias se aprovecha la familia, deben pesar sobre el patrimonio familiar» (69).

Sin embargo resulta necesaria una determinación más amplia del conjunto de obligaciones extracontractuales. Ciertamente, al hablar de éstas lo primero en que se piensa es en la culpa aquiliana del artículo 1.902, pero si acudimos al artículo 1.089 del Código Civil, que enumera las fuentes de las obligaciones, resulta que lo son todas aquéllas distintas del contrato, por tanto, las que tengan su origen: en la Ley, en un cuasi contrato y en los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Los supuestos más a menudo contemplados por la jurisprudencia están generados por hechos de la circulación (70), se trata de responsabilidades extracontractuales producidas por daños con motivo de la conducción de vehículos de motor.

Uno de los problemas que han preocupado a la doctrina es el de si el acreedor perjudicado ha de probar que el cónyuge que ha originado la obligación extracontractual actuaba en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes. Así lo entienden diversos autores, si bien algunos apuntan que la actuación de un cónyuge ha de presumirse, con carácter general, que se produce en beneficio del consorcio (71). Otros reducen el ámbito de la presunción a aquellos supuestos en que la obligación extracontractual se ha producido con ocasión de trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges (art. 1.347-1.º del Código Civil) (72).

Sin embargo, en las sentencias que veremos, sin hacerlas depender de presunciones, fácilmente encuentran argumentos proclives a declarar el carácter ganancial de la responsabilidad extracontractual derivada de hechos del tráfico.

Como es natural, sobre esta materia son mucho más copiosas las sentencias de las Audiencias que las del TS. Nos ha parecido conveniente ver también algunas de las primeras —aunque no constituyan jurisprudencia—

(68) Según dicho artículo, «Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor».

(69) LACRUZ, citado por TORRALBA SORIANO, en *Comentarios al Derecho de Familia*, Tecnos, 1984, vol. II, pág. 1692.

(70) Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La Ley*, 29 de marzo de 1985, pág. 1189.

(71) BLANQUER, *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales*, cit., pág. 128.

(72) Cfr. TORRALBA SORIANO, cit., pág. 1699.

con el fin de ampliar la muestra de la que deducir los criterios predominantes de los Tribunales en la aplicación del artículo 1.366 del Código Civil.

No cabe duda —y es el supuesto más frecuente— del carácter ganancial de la responsabilidad no contractual, consecuencia de infracciones cometidas por un cónyuge con motivo de actividades que representen el ejercicio de una profesión.

A esta idea responde la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, de 21 de enero de 1987, que encuadra la actuación del cónyuge deudor «como una deuda del artículo 1.366 del Código Civil que surge contra la sociedad ganancial, no como consecuencia de ninguna actuación dolosa o gravemente culposa del obligado, sino a resultas de una condena impuesta en sentencia penal en calidad de responsable civil subsidiario de la condena de ese orden al conductor de un camión de su propiedad, actuando en beneficio de la sociedad, en cuanto tal actividad de camionero servía de sustento a su familia».

En la sentencia de la AP de Córdoba de 17 de diciembre de 1990, a consecuencia de daños causados en un accidente de vehículo de motor por un marido (fallecido), se declara la responsabilidad de la sociedad de gananciales porque el siniestro «se produce con ocasión de la actividad profesional del marido que, evidentemente, era en beneficio de la sociedad» (73).

En otro fundamento de derecho considera al artículo 1.366 prolongación del artículo 1.362, «en cuanto configura una carga de la sociedad de gananciales, conforme un criterio objetivo, pero a su vez es una norma de responsabilidad que complementa el artículo 1.365, puesto que se trata de obligaciones extracontractuales asumidas por un cónyuge separadamente».

Por otra parte estima que la consideración del grado de culpabilidad no impide al acreedor dirigirse directamente contra los bienes gananciales, salvo que el dolo o la culpa grave ya estén definidos en un procedimiento penal —lo que aquí no ocurría— en cuyo caso, no cabe la agresión directa de los bienes gananciales, sino que debe seguirse el procedimiento del artículo 1.373 (74).

(73) Cuestionada la legitimación pasiva de la esposa por su cotitularidad en el vehículo, dada su naturaleza ganancial y que conllevaría su legitimación *ad causam*, puntualiza la sentencia que no es ésta la causa o motivo de su responsabilidad patrimonial. «No son los bienes privativos de ella los implicados, sino los pertenecientes a la sociedad de gananciales».

(74) La inclinación a declarar la responsabilidad común a que venimos aludiendo, la muestra la sentencia en los siguientes términos: «Actuar en beneficio de la sociedad supone gestionar intereses comunes, o cuidar de ellos, en el más amplio sentido, incluyendo las actividades y los intereses propios que redundan en beneficio de la sociedad, eso por lo referente al aspecto patrimonial, y fuera de él, cualquiera actuación en el cuidado e interés familiar, queda comprendida en el contexto del precepto».

La STS de **26 de septiembre de 1988** responde a análogo criterio. Un cónyuge (el marido) contrae la obligación de indemnizar, a consecuencia de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos con resultado de muerte de un menor.

Embargada una finca ganancial del deudor, su esposa interpone tercería de dominio para liberar la mitad de la finca, «al tener carácter ganancial... y no haber sido oída, defendida y condenada».

La sentencia sin manifestación expresa del carácter ganancial de la responsabilidad no contractual debatida, la considera de tal naturaleza, que mantiene sobre la totalidad de la finca y desestima la tercería por el reiterado argumento del simple derecho expectante de la mujer, al carecer de una propiedad exclusiva y excluyente sobre ningún bien ganancial hasta la liquidación de la sociedad (75).

Todavía más decididamente favorable a considerar de responsabilidad común la extracontractual de un cónyuge derivada de hechos del tráfico, se manifiesta la sentencia de la **AP de Oviedo, de 4 de marzo de 1993**.

Ocurrido un accidente de circulación con fallecimiento del responsable del mismo (conducía un turismo que invadió el carril contrario, por el que avanzaba de frente un camión, con el que colisionó), y partiendo del dato, no discutido, de que el régimen económico matrimonial era el de gananciales, la sentencia declara que la deuda extracontractual es de carácter ganancial conforme al artículo 1.366 del Código Civil. Según el FD 4.º: «Es unánime la doctrina que afirma que dentro del citado artículo 1.366 se incluyen todas las actuaciones derivadas del tráfico de vehículos de motor, máxime después de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/1989, de 26 de junio, de actualización del Código Penal, despenalizando las conductas derivadas de dicho tráfico y encajándoles, como no podía menos de ser, en los artículos 1.902 y 1.903, cobijo tradicional de la responsabilidad extracontractual».

«Dicha inclusión deviene obligada aunque se trate de una actividad, la de conducción de un vehículo, de la que normalmente y a salvo actividades de tipo profesional, no puede predicarse que tenga como finalidad directa la obtención de un lucro patrimonial, porque el citado artículo 1.366 habla no sólo de que se actúe en el ámbito de la administración de los bienes, sino que también se refiere a una actuación en beneficio de la sociedad conyugal, término éste lo suficientemente amplio como para encuadrar en él actividades

(75) RAGEL pone de relieve la escasa atención de la doctrina hacia el artículo 1.366 y se queja de que en el supuesto de la sentencia se considere ganancial la responsabilidad sin constar la participación en la comisión del delito por parte del cónyuge del deudor; tampoco hace referencia a la finalidad de la acción u omisión llevada a cabo por el cónyuge deudor... si pretendía beneficiar a la sociedad o si actuó en el ámbito de la administración de los bienes.

que no persigan necesariamente obtener rendimientos patrimoniales en sentido estricto para el consorcio» (76).

Otras sentencias, algunas con menor interés para nuestro propósito, han hecho pronunciamientos sobre supuestos específicos de responsabilidad extracontractual. Así:

La STS de **19 de febrero de 1992** califica como extracontractual una obligación de carácter fiscal, con motivo de una tercería de dominio instada por la mujer para liberar el embargo de una finca de su propiedad adjudicada en la liquidación de la sociedad de gananciales por medio de capitulaciones, instaurando el régimen de separación de bienes. El embargo fue trabado por el Recaudador de Contribuciones del Estado en el correspondiente procedimiento de apremio.

La tercería se desestima, no obstante reconocer la titularidad privativa de la esposa, por considerar que la finca se halla afecta a la deuda tributaria. Sin embargo, el fallo entiende que «no cabe la extensión de dicha afectación al recargo por intereses y multas a consecuencia del citado débito fiscal ya que, por aplicación del artículo 1.366, esas obligaciones habrán de entenderse de la exclusiva responsabilidad del cónyuge deudor» (77).

La sentencia de **8 de julio de 1997**, declara la culpa extracontractual por acto dañoso de un hijo menor de edad. Culpa *in vigilando*, que al competir a ambos cónyuges ineludiblemente debía gravitar sobre los bienes gananciales.

Se trata claramente de una responsabilidad extracontractual, de las que contempla el artículo 1.902 del Código Civil, pero a la que no es aplicable el artículo 1.366, porque la deuda no era «de un cónyuge», sino de los dos (78).

(76) Actitud similar a considerar común la responsabilidad derivada del artículo 1.366, se halla presente también en la sentencia de la AP de Burgos de **8 de febrero de 1991**.

(77) Los recargos sancionadores representan una infracción o hecho ilícito de carácter fiscal que, muy dudosamente serían encuadrables en la «culpa grave». Sin embargo, el juzgador resuelve la duda en el sentido de que los citados intereses y multas no debían gravitar sobre los bienes comunes sino sobre los privativos del cónyuge deudor. Para ello acudió al criterio interpretativo a que alude el artículo 3-1 del Código Civil —antecedentes históricos—, y se apoyó en que el anterior artículo 1.410-2 decía que tampoco estará a cargo de la sociedad de gananciales «la multa o condena que se les impusieren».

(78) Los hechos eran los siguientes, un hijo menor de un matrimonio, disparando con una carabina, causó lesiones a otro menor que implicaron la pérdida irreversible de visión del ojo izquierdo.

El padre del lesionado demandó en juicio declarativo la responsabilidad civil extracontractual al padre del lesionante, acción que fue estimada, fijándose en la sentencia la correspondiente indemnización que, al no ser satisfecha, dio lugar a la vía de apremio, embargándose una finca urbana del condenado, lo que fue comunicado a su esposa. Esta interpuso tercería de dominio alegando que el piso embargado «formaba parte de la sociedad legal de gananciales existente entre los litigantes».

La sentencia de la AP de Madrid de 20 de diciembre de 1993, considera el supuesto de un incendio, provocado por la manipulación de una moto que se hallaba en la vivienda, del cual se derivó la obligación de indemnizar a los terceros perjudicados. El obligado es inicialmente el causante del incendio, que era mayor de edad. Pero por aplicación de los artículos 1.910 y 1.908-2, ambos del Código Civil, viene obligado a responder «el padre de familia», de lo que puesto en relación con el artículo 1.366, resulta que la obligación de indemnizar ha de tipificarse como obligación extracontractual, puesto que el círculo en que se generó es el de «la administración de bienes, y por tal ha de entenderse la custodia y recta utilización y uso del inmueble».

12. RESUMEN

— El principio de administración y disposición conjunta de los bienes gananciales —consecuencia del principio de igualdad entre cónyuges— es el *leit motiv* de la Ley 11/1981, en esta materia que, en el orden de los principios, supone una ruptura esencial con el sistema anterior, de preeminencia marital. Pero al pasar del nivel abstracto de los principios a la aplicación de las normas reformadas a la realidad social vivida, las soluciones adoptadas por la jurisprudencia, resultan «aparentemente próximas a las tradicionales» (FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, cit., pág. 11). Incluso se han dictado sentencias que establecen equiparaciones entre las normas anteriores y las actuales respecto a la administración y disposición de los bienes gananciales. (Se relacionan varias en el texto.)

Ello parece debido a varias causas:

- a) En primer lugar habría que tener en cuenta los inconvenientes prácticos de la administración conjunta.
- b) El artículo 1.322, apartado 1.º, mantiene la vigencia del artículo 65 anterior a la reforma («Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él... podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido o de sus

La sentencia desestima la demanda porque «la obligación *in vigilando* corresponde tanto al padre como a la madre por efecto conjunto de la patria potestad».

Como explicación adicional, se añade que «si se ha dirigido la pretensión sólo contra don Manuel R.A., fue debido a que no existía la exigencia procesal de ampliar la demanda a doña Pilar O.O.; sin embargo, la condena se extiende a ambos progenitores y su exacción no se concreta en los bienes privativos del marido, por cuanto la deuda no es exclusiva suya, sino que obliga a los de la sociedad de gananciales, ya que uno y otro tenían obligaciones comunes respecto a los hijos menores y respondían legalmente de los actos dañosos de éstos».

herederos»). De donde resulta que la gestión conjunta de los bienes gananciales no es nunca una imposición legal sino que, por el contrario, queda reservada a la voluntad de los cónyuges (FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, cit., pág. 186).

- c) El cónyuge comerciante. Un factor que ha contribuido de forma muy notable a la permanencia de criterios anteriores sobre la responsabilidad de los bienes gananciales, consiste en el hecho de que la gran mayoría de sentencias que declaran la responsabilidad de dichos bienes se refieren a deudores comerciantes o que realizaban actividades de carácter comercial.

La remisión del artículo 1.365, «a lo dispuesto en el Código de Comercio» implica un notable recorte a la regla general de actuación conjunta para los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales. Pero, además, la remisión se hace a unos artículos, cuya redacción, de 2 de mayo de 1975, no ha sido modificada por la Ley de 13-5-1981. De aquí que continúe la anterior protección al acreedor del comerciante, si ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición de su esposa.

— El principio de gestión conjunta comporta la necesidad de probar si la deuda contraída por un solo cónyuge recae o no directamente sobre los mencionados bienes.

El criterio para discernir la cuestión sigue siendo, como lo era antes, el beneficio del consorcio conyugal (criterio puramente objetivo, atendida la finalidad de la deuda), que bajo la normativa anterior se aplicaba para verificar la ganancialidad de las deudas del marido administrador (art. 1.408-1.º) y que ahora teóricamente es aplicable a los dos cónyuges, puesto que como dice la Resolución de 28 de marzo de 1983, «en la nueva regulación introducida por el del Código Civil... se ha extendido a los dos cónyuges las facultades que antes sólo ostentaba el marido».

Sin embargo, la reciente sentencia de **27 de marzo de 1999** contiene una profunda variación respecto al criterio del interés familiar. Declara que la reforma de 13 de mayo de 1981, al atribuir —conforme a principios constitucionales— a la mujer casada igual protagonismo que al marido en la gestión de los bienes gananciales, impone «superar el concepto de actuación en interés de la familia», y que «atendiendo a los preceptos civiles vigentes, la literalidad de los mismos no la refieren y así resulta extralegal».

La comprobación de la naturaleza de la deuda se verifica en la misma forma, de carácter eminentemente fáctico, que bajo la ley anterior, apreciando el Juez de Instancia las circunstancias de hecho que concurren para verificar si la obligación contraída es de utilidad común, y formada así su convicción, no suele acudir a otras exigencias probatorias que cabría sostener y fundar en el principio de actuación conjunta.

— Los embargos de bienes gananciales se traban vigente la sociedad o después de su disolución. Frente a ellos reaccionan los cónyuges que se consideran perjudicados —siempre la mujer— mediante la correspondiente tercera de dominio, en la resolución de la cual suele jugar un papel determinante la naturaleza de la deuda causante del embargo.

Vigente la sociedad se acude también al carácter germánico de la comunidad ganancial, según el cual un cónyuge no tiene una titularidad dominical actual, exclusiva y excluyente sobre los bienes que la integran.

Al ser necesario en la mayoría de los casos, comprobar la naturaleza de las deudas individuales de un cónyuge como fundamento del fallo, se pone de manifiesto el nivel de exigencia del TS respecto a la prueba, que suele descansar en la apariencia del beneficio familiar, relajando en alguna manera sus aspectos formales, incluso en algún caso, prescindiendo de la misma, para declarar la responsabilidad directa de los bienes gananciales.

— La modificación del régimen económico durante el matrimonio que autoriza el artículo 1.325 del Código Civil, se ha empleado habitualmente para defraudar acreedores, sustrayendo bienes del ámbito de responsabilidad ganancial existente al contraer la deuda.

La impugnación de capitulaciones por los acreedores perjudicados cuestiona las más de las veces la naturaleza de las deudas cuya satisfacción se persigue. Las posturas de la jurisprudencia ante dicha impugnación pueden resumirse en las siguientes:

- a) En no demasiados supuestos ha declarado la nulidad de las capitulaciones defraudatorias (normalmente no sólo por la existencia de dolo, sino por la gravedad del mismo).
- b) En número mayor de casos, ha declarado la rescisión, si bien con el paso del tiempo ha ido resistiéndose a tal criterio, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, según los artículos 1.291-3.º y 1.294, pero sobre todo en virtud de la acción específica que en esta materia provee el artículo 1.317 del Código Civil.
- c) El criterio que en mayor medida ha ido imponiéndose ha revestido las siguientes modalidades: declarar la ineficacia de las capitulaciones en cuanto perjudiquen al acreedor (manteniéndose en lo demás); en otras palabras, declarar la inoponibilidad de las capitulaciones al acreedor perjudicado; o bien manifestando la existencia, además de la que alcanza al cónyuge deudor, de una responsabilidad *ex lege* o de una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales, que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, lo que hace innecesario declarar la ineficacia o nulidad de las capitulaciones.

Esta última solución, la que ha adquirido mayor predicamento, apoyada en el artículo 1.317 y sus correlacionados 1.401 y 1.402, está condicionada

a que la deuda del cónyuge que se persigue sea de carácter ganancial, lo que comporta la necesidad de demostrarlo. La prueba suele revestir carácter eminentemente fáctico. No es que se prescinda de la prueba, pero deducida la naturaleza común de la deuda de su apariencia de haberse contraído en beneficio del consorcio, la invocación del fundamento legal adquiere, a veces, carácter formulario. Consecuencia de ello podría hablarse de una cierta propensión del TS a declarar la responsabilidad ganancial de la deuda de un cónyuge. Incluso alguna sentencia concreta parece aceptar la presunción de que la deuda de un cónyuge es de carácter ganancial (cfr. la sentencia de 25-1-1989).

Esta posible inercia jurisprudencial podría tener su origen en el hecho de que el artículo 1.317 al decir que «La modificación del régimen económico matrimonial... no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», repite las mismas palabras que su precedente, el párrafo tercero del anterior artículo 1.322. Pero existe una radical diferencia entre ambos y es que éste contemplaba deudas a cargo de la sociedad de gananciales, porque lo eran todas las del marido administrador (art. 1.408-1.º), pero ahora no ocurre lo mismo, más bien lo contrario, si se atiende al principio de actuación conjunta. No obstante, como hemos reiterado las sentencias del TS, siguen considerando de responsabilidad ganancial las deudas contraídas en análogas condiciones que las que antes calificaba de tal naturaleza (ahora al alcance de ambos cónyuges).

Lo que parece abonar la conclusión de que sería más conveniente en nuestro régimen de sociedad de gananciales, establecer una responsabilidad provisional directa sobre los bienes gananciales por las deudas de un cónyuge (resultaría congruente con el espíritu del art. 1.322 del Código Civil).

NOTA FINAL

El Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 23 de septiembre de 1999, ha aprobado el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, dentro del cual el artículo 541 se refiere a «Ejecución de bienes gananciales», que viene a subsanar una carencia en nuestra Ley Procesal que reiteradamente hemos denunciado a lo largo de este trabajo: la imposibilidad de plantear en el juicio ejecutivo y obtener en él una declaración judicial sobre la naturaleza, privativa o ganancial, de la obligación contraída individualmente por un cónyuge casado en régimen de sociedad de gananciales.

El nuevo artículo, además, viene a dar respuesta a algunos interrogantes que había planteado la doctrina en torno a la aplicación de las normas reformadas en 1981, respecto a la ejecución de bienes gananciales.

El artículo 541 dice lo siguiente: Ejecución de bienes gananciales.

1. No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales.
2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva deberá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.
3. Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.
4. En los casos previstos en los apartados anteriores, el cónyuge al que se le haya notificado el embargo, podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales.

RELACION DE SENTENCIAS

6-12-1983. Venta de bienes gananciales por un cónyuge. Consentimiento tácito del consorte.

14-5-1984. Aval prestado por el marido, socio mayoritario de la sociedad avalada. Se declara la responsabilidad de la sociedad de gananciales.

10-10-1984. Artículo 1.322 del Código Civil. Anterior 65. Anulabilidad de la enajenación de un bien ganancial por un cónyuge.

12-6-1985. Aval mercantil, no se estima gratuito. Accesorio de una obligación principal de la que se derivan beneficios para la familia.

3-12-1985. Responsabilidad de los bienes gananciales por deudas de un cónyuge. Equiparación entre la Ley anterior y la actual.

30-1-1986. Rescisión de capitulaciones matrimoniales. Dolo.

15-2-1986. Desestima la demanda de rescisión de capitulaciones matrimoniales por no haber agotado previamente otros medios.

17-2-1986. Desestima la acción de rescisión de capitulaciones matrimoniales por plantearse cuestiones nuevas.

13-6-1986. Capitulaciones matrimoniales. Liquidación de la sociedad de gananciales. Preservación de los derechos de los acreedores.

26-9-1986. Desestima acción de tercería para liberar del embargo bienes gananciales vigente la sociedad. No existe titularidad dominical actual, sino un derecho extectante.

6-12-1986. Eficacia de la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil.

23-1-1987. Estima tercería interpuesta por la esposa. Deuda posterior a la separación efectiva de los cónyuges.

20-2-1987. Fianza prestada por el marido. Obliga la sociedad de gananciales. Desestimada la demanda de tercería de la esposa, no puede ser tercero quien es deudor.

13-3-1987. Fianza por el marido en beneficio de la sociedad conyugal, consentimiento tácito de la esposa.

21-7-1987. Bienes gananciales adjudicados a la esposa. No se discute su propiedad, sino su responsabilidad.

10-9-1987. Modificación del régimen económico durante el matrimonio, no perjudica derechos de terceros. Responsabilidad de los bienes adjudicados a un cónyuge por deudas anteriores. No requiere declaración de nulidad de las capitulaciones.

14-10-1987. Desestima la demanda de rescisión de capitulaciones matrimoniales. No se probó la imposibilidad de cobrar.

17-11-1987. Modificación del régimen económico durante el matrimonio. Preservación de los derechos de terceros. Inoponibilidad al acreedor de la modificación. Carácter subsidiario de la acción rescisoria.

21-11-1987. Sociedad ganancial disuelta y no liquidada. Sólo es embargable la cuota en la masa postmatrimonial perteneciente al deudor.

28-4-1988. Embargo de bienes gananciales adjudicados a la esposa. Desestima demanda de tercería, los bienes debían responder.

8-7-1988. Rescisión de capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores.

13-7-1988. Desestima tercería de dominio formulada por uno de los cónyuges respecto de bienes gananciales embargadas por deudas del otro.

18-11-1988. Fianza otorgada por el marido en interés de la sociedad conyugal, obliga los bienes gananciales adjudicados en la liquidación de dicha sociedad.

24-11-1988. Acción revocatoria de capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen económico conyugal. Subsidiariedad de la acción. No se demostró la imposibilidad de resarcirse del crédito.

25-1-1989. Si no se alega lo contrario, las deudas de un cónyuge son responsabilidad de los bienes gananciales.

20-2-1989. Disposición de bien ganancial por un cónyuge. Admite la confirmación posterior de su consorte (art. 1.377).

20-3-1989. Sociedad de gananciales. Cambio de régimen, no perjudica a terceros. Innecesidad de demanda conjunta, basta notificar al consorte del deudor.

12-5-1989. Desestima demanda de tercería. Deuda contraída en beneficio del consorcio ganancial.

12-7-1989. Desestima demanda de tercería vigente la sociedad. Falta título dominical actual.

27-10-1989. Deniega acción rescisoria debido a su carácter subsidiario.

6-12-1989. Finca adjudicada al no deudor en capitulaciones. Se estima su acción de tercería contra embargo por deuda privativa de su consorte contraída vigente la sociedad. Toma de razón de las capitulaciones en el Registro de la Propiedad.

22-12-1989. Modificación del régimen económico matrimonial. Nulidad por fraude de acreedores.

19-2-1990. Estima acción revocatoria de capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores.

14-4-1990. Legitimación para ejercer la acción de anulabilidad del artículo 1.322-1 del Código Civil. No la tiene el que realizó el acto.

30-4-1990. Nulidad parcial de capitulaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales respecto de las adjudicaciones, manteniéndolas en lo demás. «Favor negotii».

5-6-1990. Adjudicados bienes a un cónyuge en la liquidación de la sociedad de gananciales, se les declara afectos a la responsabilidad común.

6-6-1990. Bienes adjudicados en capitulaciones matrimoniales. Desestimada acción de tercería, los bienes debían responder. Equiparación, en esta materia, entre la Ley anterior y la actual.

7-6-1990. Advierte de la confusión frecuente, en demandas y en sentencias, entre nulidad y rescisión.

12-6-1990. Embargo de bien ganancial vigente la sociedad. Desestima la acción de tercería de la esposa (solución vista antes).

9-7-1990. Estima acción revocatoria de capitulaciones matrimoniales. No había sido posible la ejecución al denegar el Registrador la anotación de embargo en la finca adjudicada a la esposa.

8-10-1990. Sociedad ganancial disuelta y pendiente de liquidación. No cabe embargar bienes concretos por deudas de un heredero, sólo es embargable la cuota del deudor en el patrimonio ganancial en liquidación.

22-10-1990. Responsabilidad de la sociedad de gananciales contraída por uno de los cónyuges en el ámbito del comercio. Consentimiento tácito.

10-11-1990. Exime de responsabilidad a los bienes gananciales por una fianza prestada por el marido.

16-11-1990. Estima la acción de tercería de la esposa. Aval prestado por el marido, no beneficioso para la familia.

5-2-1991. Igual doctrina que la anterior.

15-3-1991. Liquidación de la sociedad de gananciales por capitulaciones. Responsabilidad de los bienes adjudicados a la esposa por aval prestado por el marido.

18-7-1991. Rescisión de capitulaciones por fraude de acreedores.

24-7-1991. Modificación del régimen económico matrimonial por capitulaciones durante el matrimonio, no perjudica los derechos ya adquiridos por terceros.

20-11-1991. Sociedad de gananciales disuelta y pendiente de liquidación. Sólo es embargable la cuota del deudor en la comunidad postmatrimonial.

17-2-1992. Igual doctrina que la anterior.

19-2-1992. Declara extracontractual (art. 1.366) la obligación fiscal del marido, pero no la multa administrativa. Responsabilidad de los bienes adjudicados a la mujer en capitulaciones.

21-5-1992. Desestima acción de tercería de la esposa contra embargo de un crédito que le fue adjudicado en capitulaciones por deudas del marido o de la sociedad anteriores a la modificación del régimen. Inoponibilidad de ésta al acreedor.

15-6-1992. Rescisión de capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores.

7-11-1992. Deniega la acción de rescisión de capitulaciones matrimoniales. Existencia de otros remedios para el acreedor.

8-2-1993. Bien adquirido por la esposa bajo la legalidad anterior. Inaplicabilidad del artículo 1.354.

1-4-1993. Aplicación del artículo 1.413 anterior, 1.322 actual.

8-5-1993. Inexistencia de litis consorcio pasivo necesario. Bienes gananciales: innecesario demandar a la esposa sin perjuicio de los mecanismos de defensa que le correspondan.

25-5-1993. Artículo 1.322. El cónyuge que realizó el acto no puede ejercitar la acción de nulidad.

10-6-1993. Artículo 1.322. Acto de disposición sin consentimiento del cónyuge. El acto permanece, puede ser confirmado expresa o tácitamente. La anulabilidad debe ejercitarse por acción, no cabe hacerlo por excepción. (La acción de nulidad no prescribe, sentencia de 1-4-93.)

18-6-1993. Bien ganancial: falta de consentimiento de la esposa; inexistencia de nulidad: anulabilidad.

23-2-1994. Inexistencia de litis consorcio pasivo necesario. Resolución de compraventa. Intervención exclusiva del marido, innecesidad de demandar a la esposa.

4-3-1994. Desestima acción de tercería de la esposa por embargo de bien ganancial vigente la sociedad.

15-3-1994. La modificación del régimen económico durante el matrimonio no perjudica los derechos adquiridos por terceros. Innecesidad de pedir la nulidad de la escritura de capitulaciones. Responsabilidad *ex lege* de los bienes gananciales.

6-6-1994. Igual doctrina que la anterior. Efectos frente a terceros: desde su inscripción en el Registro Civil.

9-6-1994. Sociedad de gananciales. Contratos firmados por varios hermanos relativos a bienes gananciales. Posterior intervención en ellos de sus cónyuges. Necesidad de demandar también a éstos.

21-6-1994. Modificación del régimen de sociedad de gananciales por capitulaciones, no perjudica los derechos adquiridos por terceros.

23-6-1994. Artículo 1.322. El cónyuge que realiza el acto no puede invocar la anulabilidad.

5-7-1994. Disposición de bienes gananciales. Consentimiento uxoris, doctrina general: asentimiento. Formas de exteriorizarlo: tácito, presunto, posterior...

13-10-1994. Modificación del régimen económico por capitulaciones. No perjudica derechos de terceros. Innecesario pedir la nulidad de la escritura de capitulaciones.

18-2-1995. Embargo de mitad indivisa de vivienda habitual perteneciente al cónyuge deudor. Inexistencia de propiedad del tercerista sobre dicha mitad.

9-3-1995. Desestima acción de tercería por embargo de bienes adjudicados en capitulaciones. Responden de las deudas anteriores a dichos capítulos.

18-3-1995. Igual doctrina que la anterior.

12-6-1995. Análoga doctrina en el régimen foral de Navarra (actos anteriores a la Ley Foral de 1 de abril de 1987).

22-12-1995. Responsabilidad por deudas contraídas por el marido en la explotación regular de negocio común. Innecesario demandar al cónyuge del deudor, basta con notificarle.

26-6-1997. Desestima acción de tercería. Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge en el ejercicio de su profesión.

8-7-1997. Responsabilidad de la sociedad de gananciales por culpa extracontractual, *in vigilando* de los padres por acto dañoso de hijo menor de edad (art. 1.366 del Código Civil).

17-7-1997. Desestima acción de tercería de la esposa por embargo de bienes adjudicados en capitulaciones, trabados por deudas a la Tesorería General de la Seguridad Social. No requiere previa declaración de ineficacia de las capitulaciones.

7-11-1997. Igual doctrina que la anterior.

2-12-1997. No responsabilidad de los bienes gananciales por deuda procedente de fianza prestada por el marido.

10-3-1998. Los bienes adjudicados en la liquidación de la sociedad de gananciales responden de las deudas de ésta contraídas antes de su disolución. Eficacia de la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil.

27-3-1999. La deuda del marido procedente de fianza tiene carácter privativo. En la normativa vigente, el criterio del interés de la familia (para discernir el carácter de la deuda de un cónyuge) resulta «extralegal».

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS

21-1-1987. AT de Oviedo. Artículo 1.366. Responsabilidad extracontractual de la sociedad de gananciales. Hechos del tráfico.

17-12-1990. AP de Córdoba. Idem id.

8-2-1991. AP de Burgos. Idem id.

4-3-1993. AP de Oviedo. Idem id.

20-12-1993. AP de Madrid. Artículo 1.366. Responsabilidad extracontractual de la sociedad de gananciales, imputable al cabeza de familia por incendio provocado desde su domicilio por su hijo, mayor de edad.

MIGUEL VAQUER SALORT
Registrador de la Propiedad

Apuntes sobre la multipropiedad

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA DIRECTIVA 94/47/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE OCTUBRE DE 1994.—3. DENOMINACION DE LA FIGURA.—4. NATURALEZA JURIDICA.—5. CONFIGURACION DE LA MULTIPROPIEDAD EN LA LEY 42/1998, DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES DE USO TURISTICO Y NORMAS TRIBUTARIAS.—6. OTROS ASPECTOS LLAMATIVOS DE LA LEY.

1. INTRODUCCION

La multipropiedad es un derecho que puede calificarse de moderno o actual, ha surgido, recientemente, de forma espontánea en distintos lugares del mundo separados por muchos kilómetros de distancia, con la finalidad de satisfacer una demanda de la sociedad de hoy, como consecuencia del progresivo aumento del nivel de vida y del desarrollo tecnológico de los medios de transportes, que acortan de manera significativa los largos trayectos, consiguiendo que el mundo parezca más pequeño en su inmensidad, a ello hay que añadir el mayor tiempo de que dispone la persona humana para vacaciones, lo que posibilita no sólo disfrutar de unos días de ocio, sino conocer nuevos países con nuevas costumbres y culturas.

La multipropiedad viene a resolver el problema, que, a veces, surge de querer ir a un determinado sitio para pasar unos días y no encontrar alojamiento. Con este derecho se tiene asegurada la vivienda en el lugar elegido y en el tiempo deseado, con un desembolso menor.

La multipropiedad (1) surge en Francia, más concretamente en la estación invernal de Super Dévoluy en 1965, a través de la iniciativa de Louis Poumier de la Sociedad Grands Travaux de Marsella, que decide adoptar un nuevo

(1) Vid. MUNAR BERNAT, «Reflexiones sobre algunos aspectos del derecho real de aprovechamiento por turno. La nueva opción legislativa en materia de multipropiedad», en *El aprovechamiento por turno de bienes muebles en Europa*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 64-75, concretamente págs. 65 y 66.

sistema de alojamiento ante la poca rentabilidad que producía la venta tradicional de los apartamentos del complejo. La promoción publicitaria de la operación resultó ingeniosa: «No alquile la habitación, compre el hotel, le sale más barato». El 20 de abril de 1967 registra, en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de Francia, la denominación que dio a la operación y que ha caracterizado la figura: **Multipropriété**.

Llega a España la multipropiedad en los años setenta, pero de forma más bien modesta y limitada. Será en la década de los ochenta cuando conozca un espectacular crecimiento, originado por la inversión de capital extranjero. Así, la Dirección General de Inversiones Extranjeras, entre enero de 1986 y junio de 1987, autorizó inversiones por valor de 4.200 millones de pesetas para 545 inmuebles, siendo casi en su totalidad inversión británica. Según datos de finales de 1987, de la Secretaría de Estado de Turismo, había 132 complejos en España, de los que 21 se encontraban en las Islas Baleares.

Actualmente en España se ubican unos 500 complejos, de los cuales casi la mitad están en la Islas Canarias. La progresión en España es espectacular, se ha pasado de 161 complejos en 1990 a 407 en 1994. Los titulares de derechos en España son unas 327.000 personas, de los cuales son solamente españoles unas 51.000.

La multipropiedad, al haber surgido sin una regulación previa, ha propiciado que se hayan cometido fraudes por parte de empresas sin escrúpulos y, sobre todo, ha generado una propaganda engañosa (2) dando lugar a adqui-

(2) Así, en este sentido, la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya (año 1999), que anuló un contrato de multipropiedad suscrito por un matrimonio vizcaíno, respecto a un apartamento en Baqueira Beret, al considerar que el modo de venta era un «sistema agobiante y desinformativo», lo que condujo a un error en el consentimiento prestado por los compradores. Los hechos sucedieron en diciembre de 1994, cuando el señor M y su esposa fueron abordados, según la demanda que presentaron, por unas «señoritas ataviadas con vistoso uniforme rojo, que interrogaban a los transeúntes a las puertas de las dependencias de la Hacienda Foral de Vizcaya, en plena Gran Vía de Bilbao, con el objeto, según decían, de llevar a cabo una encuesta». Sin embargo, días después, una promotora inmobiliaria les llamó por teléfono, diciéndoles que habían sido galardonados con un viaje a Baqueira Beret por colaborar en la encuesta. Atraídos por ello, acudieron a una cita en las oficinas de la empresa para hacerles entrega de los billetes, pero antes se les explicó en qué consiste el régimen de multipropiedad, se les puso un vídeo promocional y, finalmente, se les ofreció la firma como requisito para obtener el viaje. Además, se les exigió unos documentos consistentes en un contrato de compraventa para la adquisición de 1/48 de un apartamento, a formalizar en su caso tras regresar del viaje, y una autorización dirigida a una entidad financiera para investigar su situación económica, papeles que firmaron facilitando, además, a los empleados de la empresa inmobiliaria copias de sus nóminas, libretas de ahorro y de la contribución. Según la sentencia, al llegar al domicilio, el matrimonio comprueba «que en el contrato firmado se había completado, posteriormente y sin su conocimiento, el precio por importe de 1.750.000 ptas.» y tuvo conocimiento también de que «el impreso firmado en blanco y dirigido a la entidad financiera había sido integrado a su

siciones de este derecho por extranjeros que de haber conocido todas las circunstancias concurrentes en el caso con toda seguridad no lo hubiesen adquirido. Esta situación no sólo se produce en territorio español, sino en muchos países de la Unión Europea.

Ello determinó la promulgación de la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Esta Directiva es la culminación de un largo proceso de trabajo desde las Resoluciones del Parlamento Europeo de 13 de octubre de 1988 y de 11 de junio de 1991.

Según la Unión Europea, el problema incide más en la desprotección del consumidor que en la falta de legislación sobre la materia. En consecuencia, la Directiva lo que trata es de limitar la autonomía privada en defensa del consumidor. Se concedió a los Estados miembros un plazo para transponer la Directiva. En España terminó el plazo el 29 de abril de 1997, sin que hasta entonces se hubiera transpuesto la Directiva. En julio de ese mismo año se envió a las Cortes el Proyecto de Ley que, posteriormente, siguiendo los trámites legales, se convirtió en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

2. LA DIRECTIVA 94/47/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE OCTUBRE DE 1994

La Directiva realiza una regulación de mínimos que los Estados miembros deben respetar, pero dejando, al mismo tiempo, una amplia discrecionalidad para que se regule la naturaleza de la figura de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada país, puede configurarse como derecho real (propiedad o derecho real limitado en cosa ajena) o como un derecho personal e incluso, en un mismo país puede coexistir como derecho real o como derecho personal según la regulación pertinente.

No entra tampoco en cómo debe denominarse este nuevo derecho, serán los legisladores de los correspondientes Parlamentos los que lo decidan.

vez mediante ordenador para convertirse en una solicitud de préstamo a un banco, por el importe citado». La sentencia dice que considera acreditado que hubo un agresivo método de venta, que califica de agobiante y desinformador, que llevó al comprador a padecer error en el consentimiento, que fue inducido de modo directo y específico y declara la nulidad del contrato de venta suscrito con la promotora, y el de financiación con el Banco.

Lo que más interesa al legislador comunitario es establecer los límites a la autonomía privada en favor de los consumidores. Así regula lo que llama derecho de resolución, que más bien, como ha expuesto la doctrina más autorizada en esta materia, es un supuesto de desistimiento unilateral e incondicionado. Consiste en la posibilidad otorgada a los adquirentes de desistir, sin alegar causa alguna (*ad nutum*), del contrato, una vez que éste es perfecto, es decir, ha nacido a la vida del derecho durante los diez días siguientes. Este requisito choca frontalmente con los principios ordenadores de la contratación en la mayoría de los países del ámbito comunitario, pues por lo regular no se permite a ninguna de las partes de una relación contractual poder desistir, por su sola voluntad, a cumplir la obligación que le corresponde. La Directiva impone al vendedor la obligación de informar con detenimiento sobre determinados aspectos esenciales de lo que va a adquirir, de tal forma que si en el documento informativo se omitiese alguno de estos aspectos, el adquirente tendrá derecho a resolver unilateralmente el contrato en el plazo de tres meses, a contar desde la celebración. En este supuesto si que está bien transpuesto el término «resolución», pues el vendedor deja de cumplir una de sus obligaciones principales que es informar al adquirente de un aspecto esencial del derecho que adquiere, por tanto incumple su obligación, lo que posibilita el poder de resolución de la otra parte.

La Directiva también establece que si para adquirir el derecho de aprovechamiento por turno se ha financiado al adquirente con un préstamo del vendedor o de un tercero, al ejercitar el adquirente su facultad de desistimiento o de resolución implica también la resolución del préstamo. Es interesante, también, resaltar la regulación que se hace respecto a la lengua en que debe ir redactado el contrato y la sumisión a determinados fueros.

3. DENOMINACION DE LA FIGURA

El término primeramente utilizado para denominar esta figura jurídica, como hemos dicho, se acuñó en Francia, **multipropriété**, de ahí pasó a los distintos países latinos, multipropiedad, en Italia, multipropiedad en España, etc.

Mientras que, en los países del «common law», se utiliza la expresión time-share (tiempo compartido).

Una de las cuestiones jurídicas que destaca la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, en su Exposición de Motivos, es la relativa a cómo denominar la figura que se pretende regular. Entiende que el término multipropiedad tiene «la gran ventaja de haber calado en la opinión pública, hasta el punto de ser, con mucho, la forma habitual de denominar entre nosotros a la institución, con independencia de que se hubiera constituido como una forma de prople-

dad o como una forma de derecho personal. Pero es precisamente ese carácter globalizador con el que normalmente se utiliza, por un lado, y el hecho de hacer referencia a una forma concreta de propiedad, por otro, lo que lo hace un término inadecuado por equívoco.

Otra opción era utilizar la fórmula empleada en la Directiva: «tiempo compartido». Sin embargo, esta forma de denominar a la institución resulta también poco satisfactoria. En principio, parece un término más genérico que el de «multipropiedad», pero hay que tener en cuenta que «tiempo compartido» no es más que la traducción al español de la forma inglesa «time-sharing». La expresión «tiempo compartido», aunque no parece presentar serios inconvenientes para denominar con ella la forma societaria del derecho francés, no es adecuada para incluir cualesquiera otras fórmulas, tanto si son de derecho personal (el multi-arriendo griego) o de derecho real (el derecho de habitación periódica portugués). Además, tiene el inconveniente de que parece dar a entender que, entre los titulares de estos derechos, lo que se comparte es el tiempo, cuando es precisamente lo contrario, puesto que los titulares lo son respecto de períodos de tiempo diferentes y excluyentes. Por ello, resulta preferible la expresión «derecho de aprovechamiento por turno», en primer lugar, porque es menos comprometida, en el sentido de ser una expresión más genérica y más descriptiva, y, en segundo lugar, porque se ajusta perfectamente a la regulación que del mismo se hace. Nada obsta, sin embargo, a que se mantenga la utilización de esta denominación, o de cualquier otra, en particular a efectos promocionales, siempre que no contenga la palabra propiedad, o no pueda ser equívoca en cuanto al contenido del derecho a que se hace referencia».

El hecho por el que la Ley española no adopta el término «multipropiedad» no se deriva de que dicho término no sea el apropiado cuando el nuevo derecho se configura como una forma de propiedad, se deriva única y exclusivamente de la regulación que de dicha figura hace la Ley. Se puede constituir como derecho real limitado (art. 1.1, Ley 42/98) o como un derecho personal (art. 1.6, Ley 42/98). Pues bien, si la configuración del nuevo derecho no se hace como una forma de propiedad, es evidente que no debe denominarse multipropiedad, otra cosa muy distinta es si es o no un acierto de la Ley la regulación que se hace en la misma. A nuestro juicio, el modificar sustancialmente un derecho que ha nacido de forma espontánea para satisfacer necesidades de hoy como una forma de propiedad entendemos que es una equivocación. No es lo mismo ser propietario de algo, aunque sólo se refiera el disfrute a un corto período de tiempo, que ser simplemente titular de un derecho que prácticamente, incluso, en el configurado como derecho real limitado, es una especie de arrendamiento pagado por adelantado. Sobre este tema volveremos con más detenimiento cuanto tratemos la naturaleza jurídica del derecho.

Respecto a la frase «tiempo compartido», estamos de acuerdo con el legislador español que no es la adecuada para incluir las distintas fórmulas que puede encerrar la multipropiedad. No se comparte el tiempo en el disfrute del inmueble sujeto a este derecho, se comparte el disfrute del inmueble en el tiempo, que es completamente distinto. Los titulares del derecho dividen el uso y disfrute del inmueble en el tiempo que hayan establecido (una semana, quince días, etc.), en lugar de tiempo compartido debería llamarse disfrute compartido. Como dice la Exposición de Motivos, el tiempo es diferente y excluyente.

La Ley española opta por denominarlo «derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», parece una frase demasiado larga para cambiar la denominación de un término ya muy arraigado en nuestra sociedad, como es el de multipropiedad. Tan es así, que cuando se habla de la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, bien en la prensa diaria o bien en la literatura jurídica, incluso, también, en el ambiente universitario, se utiliza un apodo: «la llamada multipropiedad», para aclarar el contenido de la misma. Es muy difícil cambiar de nombre a una figura jurídica mediante un precepto legal. Y esto es lo que ha hecho la Ley que comentamos. Piénsese, por ejemplo, en el siguiente anuncio: «venta de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», ¿creen que los posibles compradores de apartamentos en multipropiedad, que, por otra parte, como hemos expuesto, son la mayoría extranjeros, entienden qué se les está ofertando? Pensamos que la respuesta tiene que ser negativa, no saben de qué se trata, habrá que explicarles con detenimiento que esa denominación equivale a la multipropiedad o al *time-sharing*, y sólo entonces comprenderán lo que se les oferta.

4. NATURALEZA JURIDICA

La naturaleza jurídica del derecho atípico que estamos analizando es muy compleja, por la sencilla razón de que su configuración admite muchas variantes. Ya la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, lo hace notar en su considerando número 3, al decir: «Considerando que la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos a que se refiere la presente Directiva varía considerablemente entre los Estados miembros; que, por consiguiente, procede referirse de forma sintética a esta diversidad formulando una definición suficientemente amplia de tales contratos, sin que ello suponga una armonización a escala comunitaria de la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los mismos».

Son los Estados miembros, por tanto, quienes deben configurar el derecho. Para ello se debe tener presente dos elementos importantes, uno, cómo surge la figura en su territorio y, otro, el ordenamiento jurídico del país de que se trate.

Antes de analizar cómo se configura la multipropiedad en la Ley española, vamos a exponer de una manera sucinta algunas de las variantes de la misma.

A) FRANCIA

El Proyecto de Ley ante el Parlamento francés de febrero de 1997, no regula la naturaleza del derecho que otorga el uso del bien inmueble ni la forma del contrato (3). Este debate tuvo lugar en Francia en los años setenta. En ese momento el legislador descartó la modificación del régimen de indivisión que hubiese permitido el uso del derecho de propiedad.

La Ley de 6 de enero de 1986, relativa a las Sociedades de atribución de inmuebles en uso por tiempo compartido, no configura la multipropiedad como derecho real; el uso por tiempo compartido sólo es posible como derecho personal. La propiedad del inmueble corresponde a la sociedad; al socio, mediante la adquisición de acciones, corresponde el goce del inmueble durante una o varias semanas al año (según el número de acciones) con la duración ilimitada, mientras subsista la sociedad. El derecho de disfrute del socio multipropietario deriva de su cualidad de socio.

No obstante, es preciso señalar que esta forma no es excluyente de otras formas, que puede darse como derecho real, por ejemplo, en usufructo, o como derecho personal, ejemplo contrato de arrendamiento o forma social, como la sociedad o asociación. En consecuencia, el legislador en el Proyecto citado establece el ámbito de aplicación del texto de forma muy extensa, a saber: «A cualquier contrato, o grupo de contratos, formalizados a título oneroso, por el cual un profesional otorga a un consumidor, directa o indirectamente, el uso de uno o varios bienes inmuebles, para uso de vivienda, por períodos determinados o determinables, durante al menos tres años o por tiempo indefinido».

B) ITALIA

En Italia el mercado de la multipropiedad no ha alcanzado las cotas que en otros países del área comunitaria como, por ejemplo, en Francia o España,

(3) Vid. BOURGEOIS, MARIE-JOSEPPHE, «El Proyecto de Ley francés sobre uso periódico de inmuebles», en *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, ob. cit., págs. 108-115.

sin embargo, la doctrina jurídica sí ha realizado estudios rigurosos sobre el tema (4). No tiene todavía una regulación especial, aunque se han elaborado varios Anteproyectos de Ley que no han llegado aún a cristalizar. No obstante, existen varios modelos o tipos de multipropiedad:

- a) Multipropiedad accionaria. Similar a la del sistema francés. Una sociedad adquiere un inmueble en propiedad y emite acciones privilegiadas que facultan a los titulares para usar una fracción del inmueble durante un período de tiempo, además de concederle el derecho de socio. La propiedad del inmueble pertenece a los titulares de acciones ordinarias y privilegiadas, y éstos tienen derecho a usar del inmueble por turno y a recibir determinados servicios.
- b) Otra modalidad de la multipropiedad societaria es la que tiene lugar al emitirse bonos de disfrute que confiere al titular el derecho a usar el inmueble un período de tiempo determinado.
- c) Multipropiedad inmobiliaria. Consiste en una comunidad proindiviso en la que cada cuota tiene atribuido un período determinado de disfrute. El artículo 1.111 del Código Civil italiano supone un obstáculo porque cualquier partícipe puede pedir la disolución de la comunidad y el pacto de indivisión no puede ser superior a diez años, aunque se trata de soslayar invocando el artículo 1.112 que impide pedir la disolución cuando se trate de cosas que si se dividen dejan de servir para el uso a que se destinan.
- d) Multipropiedad hotelera. Es una variante de la anterior cuando el inmueble está destinado a hotel. La sociedad gestora administra el inmueble y el titular de la cuota de multipropiedad a disfrutar y disponer de su fracción del inmueble durante un período de tiempo determinado.
- e) Multipropiedad cooperativa. Constituida una sociedad cooperativa para construir un complejo inmobiliario; una vez construido los socios adquieren fracciones del inmueble, que deja de ser de la cooperativa, pero ésta permanece para la administración y gestión del hospedaje.

(4) Vid. CALÓ, EMANUELE/CORDA, TOMMASO ANTONIO, *La multiproprietà*, Casa Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 1984. ALFA, GUIDO, «Multiproprietà e vincolo alberghiero», en *Politica del Diritto*, 1979. «La multiproprietà nell'esperienza francese», en *Rivista notariale*, 1980. «Nota minima sulla multiproprietà», en *Foro Padano*, 1980. «Aspetti della multiproprietà nell'esperienza nord-americana recente», en *Rivista di Diritto civile*, 1983, y «La multipropiedad en italia», en *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, ob. cit., págs. 118-144. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milán, 1995, etc.

C) PORTUGAL

Portugal ha sido uno de los países pioneros en la regulación de la multi-propiedad, denominada «direito de habitação periódica». Fue introducida por el Decreto-ley de 31 de diciembre de 1981, modificado por Decreto-ley de 4 de octubre de 1983, modificado, a su vez, por Decreto-ley de 18 de abril de 1989, por Decreto-ley de 5 de agosto de 1993 y por Decreto-ley de 4 de julio de 1997.

En la exposición de motivos del primero se dice que el nuevo derecho equivale a un régimen de propiedad dividida no en tramos horizontales (propiedad horizontal), sino en cuotas temporales. Es un derecho de naturaleza real en cosa ajena con eficacia *erga omnes*, inscribible en el Registro, que da origen a numerosas obligaciones *propter rem*, como son las que se refieren a los gastos de reparación, conservación y limpieza del inmueble. El derecho puede ser constituido, como mínimo, por período de una semana y se representa en un certificado inmobiliario («predial»), negociable mediante endoso. La propiedad del inmueble la conserva el empresario, que está obligado a la administración, conservación y reparación del inmueble.

El derecho de habitación periódico es en principio perpetuo, pero puede fijarse un límite de duración temporal que no podrá ser inferior a veinte años. La constitución del derecho ha de recaer sobre inmuebles o complejo inmobiliario urbanos destinados a fines turísticos y que el propietario del complejo declare en acta pública la clasificación como bien destinado a fines turísticos.

El Decreto Ley número 275/1993, de 5 de agosto, instituyó el régimen de derecho de habitación turística, que no tiene carácter de derecho real.

Los derechos reales de habitación periódica pueden ser transmitidos o sujetos a gravamen en los términos generales de derecho. Así, la transmisión podrá ser *inter vivos* o *mortis causa*, a título gratuito u oneroso y de modo voluntario, a través de negocio jurídico, o determinado obligatoriamente en proceso ejecutivo (5).

D) REINO UNIDO

En el Reino Unido no existe ninguna Ley que regule directamente la forma jurídica de la multipropiedad. Sin embargo, una de las formas más conocidas de esta figura jurídica es frecuente en el Reino Unido, el denominado Club/Fideicomisario, importada de Estados Unidos. Se implantó por

(5) Vid. MOUTERIA GUERREIRO, JOSÉ AUGUSTO, «Directiva sobre la propiedad a tiempo parcial. Régimen en Portugal: El derecho real de habitación periódica», en *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, ob. cit., págs. 145-167.

primera vez en el complejo de Loch Rannoch en 1979. Básicamente se circunscribe a la adhesión a un club (6) mediante la firma del contrato con el intermediario («trustee»), que actúa como un operador turístico, que contrata con el propietario del inmueble, que, a su vez, contrata con un operador de servicios el derecho al uso de una o varias semanas sobre apartamento turístico, dotado de mobiliario, unido a la prestación de determinados servicios para-hoteleros. Su duración puede ser perpetua o limitada a un plazo. En consecuencia, existe un contrato, llamémosle de venta, que da derecho a la pertenencia al club, que puede ir unido o no a un convenio independiente de adhesión a la Constitución del club. En este sistema hay que distinguir el club, en principio propietario del inmueble, el fideicomisario, una persona jurídica independiente a la cual se transmite la propiedad del inmueble y que, en algunos casos sólo es propietaria de acciones de una sociedad, que es la verdadera propietaria del inmueble y otra persona jurídica que es la encargada de proporcionar los servicios de gestión y mantenimiento del club, a cambio, por supuesto, de una remuneración.

La cualidad de socio es transferible con la misma facilidad que las acciones de una sociedad.

La gran acogida que ha tenido esta forma de multipropiedad radica en la facilidad que se les da a los compradores por los promotores. El club puede constituirse en el Reino Unido, el inmueble puede estar situado en España y el fideicomisario puede tener la sede en una isla, y la multipropiedad se vende a través de una sociedad de la isla con el único fin de eludir impuestos. Todo lo cual da paso a numerosos fraudes que la Directiva trata de impedir.

La conclusión que se puede sacar de esta pequeña exposición por las formas más frecuentes de multipropiedad es que no existe, desde el punto de vista jurídico, una sola manifestación de esta nueva figura jurídica, sino una pluralidad de manifestaciones, en las cuales existe tan sólo un denominador común respecto a tres requisitos: es un disfrute temporal de un inmueble amueblado, en un plazo relativamente corto durante el año (una semana o dos semanas) y en el que se incluyen una serie de servicios que podríamos llamar hoteleros. Podríamos decir que estos requisitos son necesarios y suficientes para configurar la figura de la multipropiedad, el ropaje jurídico que se adopte después no desnaturaliza la figura, es decir, la multipropiedad puede ser derecho real (propiedad, usufructo, derecho de habitación) o personal (arrendamiento, sociedad). El problema reside en configurarla lo más parecida posible a la demanda de la sociedad, la multipropiedad es un derecho socio-económi-

(6) Vid. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», en *Suplemento al Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 1839, págs. 27-39.

co que trata de satisfacer las necesidades de una sociedad de hoy donde las vacaciones y el ocio ocupan un lugar importante en la vida de los ciudadanos, y al mismo tiempo procura que estas necesidades se cubran con el menor coste económico. Desde el punto de vista económico no es lo mismo tener un apartamento propio para utilizarlo una o dos semanas al año, que tener ese apartamento a su disposición sólo por una o dos semanas al año, el coste en uno y otro caso es sensiblemente distinto.

En resumen, como hemos dicho, la multipropiedad es un derecho socio-económico que se caracteriza por los tres requisitos anteriormente expuestos: disfrute de un inmueble amueblado, por un corto espacio de tiempo y con determinadas prestaciones de servicios hoteleros.

5. CONFIGURACION DE LA MULTIPROPIEDAD EN LA LEY 42/1998, DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES DE USO TURISTICO Y NORMAS TRIBUTARIAS

«La cuestión clave (como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 42/1998) de política legislativa, consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la Ley a las demás. Se ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo, sin embargo, la configuración del derecho como una variante del arrendamiento por temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica».

El legislador o, mejor dicho, los legisladores españoles, han creído conveniente regular la multipropiedad, fundamentalmente como un derecho real en cosa ajena, puesto que la admisión como derecho personal puede decirse que va a ser casi residual, como luego veremos.

El derecho de multipropiedad en nuestro país no ha surgido como un derecho real en cosa ajena, más bien es tenido por la sociedad como una forma de propiedad especial, pues es cierto que en su manifestación es un derecho real atípico más próximo a una modalidad de propiedad que a un derecho real de goce en cosa ajena, pero que puede perfectamente nacer en nuestro ordenamiento jurídico con base en el principio de la autonomía privada. Rige en sede de derechos reales el *numerus apertus*, desde ese punto de vista no puede ponerse ningún reproche. El «quid» de la cuestión radica en si la postura tomada por los legisladores está en consonancia con el sentir general e, incluso, si es preferible esta opción, de configurarlo como derecho real en cosa ajena, a otra que ha podido tomarse.

En la sociedad española está muy arraigado el derecho real de propiedad, toda la regulación de los derechos reales tiende a manifestar la primacía e importancia del derecho de propiedad, con el fin de que el derecho se presente en situación plena y exclusiva.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el interés del multipropietario se encuentra en tener un poder inmediato sobre la cosa para usar y disfrutar de ella y es evidente que ese interés no se trata de realizarlo mediante un comportamiento de otro. El multipropietario, durante el período que disfruta el bien inmueble, se comporta como un verdadero propietario, el uso y disfrute para él no tiene que venir de un tercero que se lo proporciona, como sucede en el arrendamiento, en cuyo caso el arrendador está obligado a dar a la otra parte el goce o uso de la cosa por tiempo determinado y precio cierto (art. 1.543 del Código Civil). El que adquiere un bien en multipropiedad, adquiere el derecho a disfrutar y usar de ese bien por sí mismo, en el concreto y determinado período de tiempo que le corresponda, pero esto no desnaturaliza el concepto de propiedad, el multipropietario tienen un poder *erga omnes* oponible a todo aquél que le perturbe en el uso y disfrute. Así, LEZZA y SELVAROLO (7) dicen que en virtud del principio de autonomía contractual, la voluntad del sujeto puede ser dirigida a aceptar una forma de propiedad que le permita el disfrute pleno y exclusivo limitadamente a un período del año, a la que se acompaña una concreta expectativa en el momento que es cierto el retorno del disfrute al titular.

Es decir, desde el punto de vista jurídico, no existe ningún inconveniente para que la multipropiedad pueda configurarse como un derecho especial de propiedad. Ahora bien, si la multipropiedad viene definida como un derecho de propiedad pleno, absoluto y perfecto, no cabe concluir que tal supuesto de hecho tenga efectos idénticos a los que se derivan de una división de la propiedad en el tiempo. Por ello, la multipropiedad es una propiedad especial.

El derecho del multipropietario es una propiedad individual, por turno, exclusiva y excluyente, plurilimitada al concurso de los otros multipropietarios, que disfruta en el período concreto, y, una vez, acabado dicho período, surge para el titular del derecho una expectativa de retorno del bien por el mismo período el próximo año.

No olvidemos cómo nació este derecho en Francia, «no alquile el hotel, compre el hotel, le sale más barato», es decir, lo que se pretende con el anuncio es convertir al cliente en propietario del hotel, porque de esta manera tendrá más interés en ir allí, en mantener el hotel allí y será, en definitiva, mejor para todos.

(7) «Un modello di proprietà, la multiproprietà», en *Rivista Giuridica*, Edil 1977, pág. 32.

Pues bien, si desde el punto de vista jurídico no existe inconveniente en constituir la multipropiedad como un derecho de propiedad especial, vamos a examinar ahora el derecho desde el punto de vista económico.

Hay que tener presente que la multipropiedad es un derecho social-económico, surge en la sociedad para satisfacer necesidades de hoy que no fueron necesidades de ayer.

Necesidades nacidas al amparo del desarrollo económico y social, el aumento del nivel de vida, la posibilidad de trasladarse de lugares mucho más remotos en cortos espacios de tiempo para conocer nuevos pueblos y culturas, como hemos dicho, determinan que los ciudadanos tengan la necesidad de saber con anticipación que tienen un lugar seguro para pasar sus días de vacaciones y ocio al menor coste posible, y esto es lo que pretende satisfacer el nuevo derecho, denominado en un principio multipropiedad. El mismo término acuñado para denominarlo pone de relieve que se trata de adquirir algo en propiedad, en este caso tener asegurada la vivienda, con determinadas prestaciones, para pasar unos días de vacaciones al año en un lugar elegido previamente por nosotros mismos. Y es evidente que si se compra en régimen de multipropiedad es mucho más económico. No es lo mismo pagar un apartamento o vivienda, más las prestaciones hoteleras, por una persona, que por 56 si el tiempo que se va a disfrutar es de una semana.

Pero, por otra parte, también es preciso destacar que el régimen de multipropiedad, como derecho de propiedad, es más favorable para el comprador, que el régimen de multipropiedad, como derecho real en cosa ajena.

El coste inicial entre uno y otro, también es cierto que puede ser más económico respecto al segundo, sin embargo, esto no está tan claro.

Si se compra un derecho en régimen de propiedad, es evidente que el ejercicio del derecho te convierte cada vez en más propietario, es decir, el transcurso del tiempo no desvaloriza el derecho, al contrario, es posible que lo que hoy compro, que es mío, lo pueda vender transcurrido un determinado espacio de tiempo incluso más caro que como lo adquirí. No se suele perder dinero en inversiones en bienes inmuebles.

Ahora si el derecho que adquiero es en régimen de derecho real en cosa ajena por tiempo determinado, es también evidente, que el transcurso del tiempo te hace cada vez menos titular del derecho, en el sentido de que se tendrá cada vez que pase un año, un año menos de disfrute o uso del derecho. La consecuencia que trae esta situación es una desvalorización sustancial del derecho para el consumidor. Este, valga la redundancia, va consumiendo su derecho, cada año transcurrido el derecho adquirido tendrá menos valor económico.

Creemos que este punto de vista económico, muy importante para los consumidores (compradores o adquirentes del bien en multipropiedad), no se ha tenido en cuenta a la hora de regular el derecho en la Ley, es posible que

dentro de unos años el «boom» que supuso la multipropiedad en España haya dejado de ser tal.

También conviene hacer notar la función importantísima que tiene el Derecho en la sociedad. Los supuestos de hecho que van surgiendo en la vida diaria no están todos regulados por el Derecho, ellos son un «prius» para él, el Derecho es siempre un «posterior», aparece después, cuando los preceptos del ordenamiento jurídico no son plenamente aplicables al nuevo supuesto de hecho y, entonces, es cuando se hace imprescindible la intervención del legislador para encuadrar la figura que nace dentro de los principios ordenadores del sistema. Pero el Derecho en esta misión ordenadora de las relaciones jurídicas entre particulares no debe crear derechos o configurar derechos de forma distinta a la realidad social, el Derecho es forma de la realidad social, pero no creador de la realidad social. En el caso que estamos analizando el legislador ha configurado un nuevo derecho real, lo dice expresamente la Exposición de Motivos: «La Ley, por otra parte, no se limita a la transposición de la Directiva, sino que procura dotar a la institución de una regulación completa. Así determina la posibilidad de constituir un derecho de naturaleza real...»

Como decía el profesor LEGAZ Y LACAMBRA (8) «que esté vigente un Derecho como ordenamiento jurídico global, como sistema de legalidad, no quiere decir que es válido jurídicamente porque de hecho hay un cierto comportamiento; señala, nada más y nada menos, el hecho de que un sistema que ha nacido con la pretensión de obligar y cuyo cumplimiento es exigible, existe realmente como forma de vida social y es claro que no puede hablarse de existencia del Derecho si no se da en la realidad de la vida social un mínimo coherente de comportamientos ajustados a normas. En este sentido, pues, es cierto que si bien la validez del Derecho no se confunde con la eficacia del mismo, es evidente que, como dice Kelsen, un *minimum* de eficacia es una condición necesaria para que pueda hablarse de un orden jurídicamente válido, es decir, de un orden jurídico vigente».

El Derecho es hecho, valor y norma de forma interdependiente, por eso la norma debe ir siempre relacionada con el hecho, conformándolo, configurándolo pero no creándolo. La multipropiedad nace como derecho consuetudinario, es después de transcurridos varios años cuando se positiviza con el fin de dar mayor seguridad a las relaciones jurídicas derivadas de este derecho.

La protección de los multipropietarios debe realizarse conculcando lo mínimo el principio de autonomía privada. Sin embargo, esta Ley conculca incluso el derecho consuetudinario, pues prohíbe cualquier manifestación de

(8) *Filosofía del derecho*, 3.^a edic., ed. Bosch, Barcelona, 1972, pág. 425.

la multipropiedad surgida al margen de esta Ley, a tenor de lo dispuesto en el número 4 del artículo 1: «El derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad».

La regulación dada por la Ley 42/1998, a la multipropiedad, tanto como derecho real como derecho personal, no parece afortunada. Hubiera sido preferible seguir las pautas de la Directiva comunitaria y dejar la configuración del derecho a la libre voluntad de las partes, estableciendo, eso sí, los límites necesarios e imprescindibles para garantía de los consumidores.

6. OTROS ASPECTOS LLAMATIVOS DE LA LEY

A) AMBITO

Cuando se habla de ámbito de una ley quiere decirse que se está delimitando el objeto sobre el cual va a recaer, pues bien, la Ley 42/1998, al describir su objeto, incurre en manifiesta contradicción entre el apartado 1 y 6 con respecto al apartado 7, todos ellos del artículo 1. El apartado 1, artículo 1, establece que: «Es objeto de esta Ley la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año de un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad a lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo».

En primer lugar, hay que señalar que el apartado 1 del artículo 1 es muy descriptivo, quizá demasiado descriptivo, por ejemplo, no hubiese sido necesario «...con salida propia a la vía pública o a un elemento común», si se trata de un aprovechamiento de un bien inmueble, por algún lado tiene que tener la salida.

En segundo lugar, la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles regula la manifestación de la multipropiedad (término proscrito por la Ley en el apartado 4 del art. 1) bien como derecho real de goce o como derecho personal.

En tercer lugar, que es lo que más nos interesa en el análisis que estamos realizando, la descripción que hace como derecho real, destacando las facul-

tades que se atribuyen al «multipropietario» y a lo que no faculta el derecho, no es verdaderamente delimitadora de su ámbito, porque si fuera así, sólo se aplicaría la Ley a la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, y ello no es así por lo dispuesto en el apartado 4 del mismo artículo 1, a cuyo tenor: «El derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad». El ámbito de la Ley se extiende también a lo que la Ley considera que no puede entenderse como tal derecho, prohibiéndolo. Y sobre todo el apartado 1 está en contradicción manifiesta con el apartado 7, como ahora veremos.

Cuando se trata de un derecho personal, a tenor de lo dispuesto en el apartado 6, artículo 1, sucede lo mismo, en principio sólo entrarían en el ámbito de la Ley «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en el que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos».

Uno de los requisitos *sine quo non* para que se considere que estamos ante un aprovechamiento por turno como derecho personal, es que se considere imprescindible que se anticipen las rentas a algunas o a todas las temporadas contratadas. Cuando se dice a algunas debe interpretarse que con dos bastan, luego tampoco es necesario que se especifique en el precepto o a todas las temporadas contratadas, pues siendo a todas es evidente que están incluidas dos. Pero es que, además, parece impensable que se arriende un apartamento o vivienda por equis años y se pague por adelantado. Luego a *sensu contrario* no estarían dentro del ámbito de la Ley los contratos en que no se anticipe la renta.

El apartado 6, artículo 1, además, es sumamente farragoso y redundante, continua diciéndose: «Tales contratos deberán referirse necesariamente a una temporada anual determinada que se corresponda con un período determinado o determinable de esa temporada y a un alojamiento determinado o determinable por sus condiciones genéricas, siempre que esté especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho». Todo lo que se dice en esta parte del precepto sobra, ya que es repetir lo que se dice en la primera parte (contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada), el tiempo y el inmueble van ínsitos en los contratos de arrendamiento, si no se supiese qué se arrienda, dónde está ubicado y por cuánto tiempo, ya que es de temporada, el contrato sería nulo por falta de alguno de los elementos esenciales.

Pero lo que más llama la atención es que si no todos los arrendamientos de temporada están dentro del ámbito de esta Ley, por ejemplo, aquéllos que

cumplan todos los requisitos menos el pago por adelantado, según hemos apuntado, cómo se puede disponer en el apartado 7, del artículo 1, lo siguiente: «El contrato en virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno a más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos». Es decir, aquí se establece la nulidad de cualquier contrato por el que se constituya o transmita otro derecho por tiempo superior a tres años, sin que se configure como lo predetermina la norma, en consecuencia, la determinación de qué contratos de arrendamientos son regulados por la Ley está fuera de lugar, porque regula los que se constituyan como en ella se determina y los que no se constituyan como en ella se establece, los primeros porque los admite, los segundos porque los declara nulos.

La redacción de la norma debería ser mucho más sencilla, a saber: «Todos los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, por más de tres años, están acogidos a la Ley y será requisito imprescindible anticipar, al menos, las rentas correspondientes a dos temporadas».

Parece que el legislador ha pretendido no ser claro para no alarmar a los titulares de inmuebles que se dedican a arrendarlos por temporada, puesto que con la nueva regulación no les queda más remedio que establecer un tiempo inferior a tres años en el contrato de arrendamiento o someterse a la Ley 42/1998. Ley que no es nada beneficiosa para el arrendatario en el aspecto referente a las rentas, ya que éste tiene que anticiparlas. El legislador ha dado un giro muy significativo en relación a estos contratos, cuando, hasta el momento, no estaban regulados en la Ley de arrendamientos urbanos, dejándose su regulación a la autonomía privada.

La Ley 42/1998, que se promulga como una ley protectora para el consumidor, se convierte en este aspecto en ley protectora para el propietario. ¿Qué arrendatario va a pagar por adelantado las rentas, por ejemplo, de veinte años? Ninguno.

B) FORMA

Otro aspecto muy significativo de la Ley es la formalidad que se establece para la constitución del régimen, en la que no vamos a entrar. Si queremos, sin embargo, poner de relieve la forma que se exige para la adquisición del derecho, artículo 9.11.º, que dice: «Expresión del derecho que asiste al adquirente:

- a) Comprobar la titularidad y cargas del inmueble, solicitando la información del registrador competente, cuyo domicilio y número de fax constará expresamente.
- b) Exigir el otorgamiento de escritura pública.
- c) Inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad».

Por tanto, se requiere forma *ad solemnitatem*, al ser la inscripción constitutiva, tanto cuando se configura el derecho como derecho real, como cuando se trate de un derecho personal, puesto que la norma no dice nada, se debe entender que se comprende a todos los derechos regulados por la Ley.

Sorprende que un derecho, real o personal, con un contenido económico relativamente bajo, como es el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, se le exija para que nazca a la vida del derecho la inscripción en el Registro. Piensen, por ejemplo, en un derecho que tenga de duración veinte años y sea por una semana al año, la renta será inferior a un arrendamiento por cinco meses, por mucho que cueste, el valor económico no es muy significativo, sin embargo, se verá incrementado por el coste de la escritura y de la inscripción. Y qué decir cuando el tiempo sea, por ejemplo, de cuatro años y una semana al año, el valor económico será menor que el de un mes de alquiler. ¿Tiene sentido, en estos casos, que la inscripción sea constitutiva?, ¿le compensa al consumidor las molestias de desplazamiento, el tiempo invertido y el gasto añadido para asegurar su derecho? Las respuestas a estos interrogantes tienen que ser negativas. La Directiva sólo exige que el contrato se haga por escrito (art. 4, párr. 1.º), lo que tiene su razón de ser. Pero de ahí, nosotros hemos pasado a una formalidad impropia para el derecho de que se trata, y totalmente desproporcionada en relación con nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando se establece una excepción a los principios generales que informan un ordenamiento jurídico tienen que existir poderosas razones de técnica jurídica y de justicia que avalen esa excepción; en el presente caso ni existen razones de técnica jurídica ni de justicia. La inscripción constitutiva del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles está fuera de lugar porque, en definitiva, tal como se regula el derecho, sea derecho real o personal, lo más próximo a la figura es un simple arrendamiento con prestaciones hoteleras. En las urbanizaciones y complejos urbanísticos existentes en España el arrendamiento normal de un apartamento o un piso no requiere que el contrato se constituya en escritura pública ni que se inscriba en el Registro, teniendo, por supuesto, un contenido económico mucho mayor.

Cuanto más se analiza la Ley más antieconómica resulta para el consumidor. Todo el tráfico jurídico de intercambio de bienes actualmente se basa en la facilidad de conseguir créditos para poder aplazar el precio; pues bien, en

esta Ley, el consumidor (multipropietario) tiene que tener un nivel económico importante para poder anticipar las rentas. El favorecido es, sin lugar a dudas, el propietario, que no sólo se queda con los inmuebles una vez transcurrido el tiempo pactado, sino que, además, cobra por adelantado. La consecuencia es muy sencilla con esta Ley, como ya hemos apuntado, la multipropiedad como tal, no ya el término que se utiliza en su denominación, proscrito por la misma Ley, va a desaparecer de nuestro país, y como cualquiera otra manifestación, en este sentido, está sancionada con nulidad de pleno derecho, por muy imaginativa que sea la persona humana, la figura está sensiblemente tocada.

C) CARACTERES DE LA LEY

Es una Ley con marcado carácter imperativo, o lo que es lo mismo, de obligado cumplimiento para las partes que intervienen en la relación jurídica, y eminentemente prohibitiva, se preocupa más de lo que no va a permitirse, que de regular el objeto de la misma. Parece que al legislador lo que le preocupa no es regular el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, sino obligar a que toda manifestación de un derecho que pueda tener alguna conexión con éste se regule como predetermina la Ley o se declare nulo. Por ello, la técnica legislativa que se debiera haber seguido es otra muy distinta y la Ley tendría mucho más rigor jurídico. No tenía que haberse configurado el derecho de multipropiedad, así todas las manifestaciones serían objeto de la Ley, y tampoco se ha debido buscar una denominación al respecto, las cosas son lo que son y no lo que se dice que son, la multipropiedad no deja de ser multipropiedad porque se llame «time sharing», «aprovechamiento por turno de bienes inmuebles» o «direito de habitação periódica». Tampoco consideramos oportuno el aplicar la Ley a los arrendamientos vacacionales de temporada, que desde tiempo inmemorial han existido.

Lo que se pretende con la Directiva es evitar los abusos cometidos, pero no se debe encorsetar el derecho hasta tal punto que no parezca ni el mismo. El llamado, o mal llamado, Derecho de los consumidores, y digo mal llamado porque consumidores somos todos los ciudadanos de un país, está propiciando una importante limitación de la autonomía privada que puede no ser nada beneficiosa para las relaciones jurídicas entre particulares y entre éstos y comerciantes. El Derecho de la contratación ha estado siempre fundamentado en la libertad contractual, no sólo desde el punto de vista de la voluntad de una parte de contratar o no, sino también en la posibilidad de formalizar toda clase de acuerdos de la manera que se crea más conveniente para los derechos en juego. El Derecho civil tiene en su

regulación medios suficientes para evitar toda clase de fraudes y abusos que se puedan cometer, sin necesidad de recurrir a limitaciones y prohibiciones que, a veces, como sucede en la Ley 42/1998, más que beneficiar al consumidor le perjudican.

M.^a DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ
Profesora Titular de Derecho Civil
UNED

DICTAMENES Y NOTAS

La prefiguración de los complejos inmobiliarios y su modificación mediante instrumentos urbanísticos

A Eva, con cariño.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. NATURALEZA JURIDICA DEL COMPLEJO.—3. ASPECTOS REGISTRALES.—4. NATURALEZA JURIDICA DE LA FASE II.—5. EL REGIMEN DEL COMPLEJO PREFIGURADO.—6. MODIFICACION DE LA PREFIGURACION DEL COMPLEJO. EL ESTUDIO DE DETALLE.

1. ANTECEDENTES

El señor D. A. acude al despacho profesional del Letrado que suscribe, solicitándole emita dictamen sobre las siguientes cuestiones.

En su día, la mercantil T., tras la agrupación de una serie de fincas colindantes que había adquirido con anterioridad, emprendió la ejecución de un Complejo Inmobiliario T. en la localidad levantina de B. sobre un solar de 5.362 m² estructurando el mismo en dos fases edificatorias.

Ejecutada la primera de ellas, que consta de ciento cincuenta departamentos, y otorgadas las correspondientes Escrituras Públicas de Obra Nueva y División Horizontal del inmueble establecido sobre la misma por parte de su promotor, en las mismas se hace constar que dicha Fase I tiene atribuida una cuota del 94 por 100 del solar, quedando el 6 por 100 restante reservado para la Fase II. Igualmente se hace constar que la Fase I ha consumido, a efectos urbanísticos, el volumen correspondiente a 4.936 m².

En dichas escrituras no se acompaña letra, grafía o plano que permita ubicar espacialmente el suelo reservado a la Fase II, pero sí se incluye una

cláusula de reserva por la cual la promotora, unilateralmente, puede, una vez ejecutada la Fase II variar el Título Constitutivo del Complejo Inmobiliario creado variando las cuotas de la misma al incluir en ella esta segunda fase.

Enajenados los distintos departamentos (viviendas y locales) de la Fase I, la promotora coloca sobre una porción del solar un vallado que restringe unos 851 m² de la extensión de la finca, superficie sobre la cual la promotora dice ostentar la propiedad a fin de ejecutar la Fase II del complejo. Poco después presenta unilateralmente un Estudio de Detalle ante el Ayuntamiento de la localidad, por el que se solicita la reordenación de los volúmenes edificables de esa superficie y de otras fincas colindantes que son de su propiedad, las cuales ya ha agregado en el Catastro con la porción ocupada de la finca en cuestión, de modo que en esos 851 m² introduce volúmenes de otras fincas.

El señor D. A., propietario de un departamento en la Fase I, formula consulta sobre los siguientes extremos:

- a) ¿Deben compartir los elementos comunes de su comunidad con los futuros adquirentes de viviendas de la Fase II? ¿Se trata de propiedades independientes? ¿Cabe variar por este medio las cuotas de la comunidad?
- b) ¿Es correcto el Estudio de Detalle presentado? ¿Puede el mismo introducir mayores volúmenes en la comunidad y por tanto mayor número de miembros?
- c) ¿Dónde se ubica la Fase II? ¿Está la misma haciéndose con elementos comunes de la Fase I?

2. NATURALEZA JURIDICA DEL COMPLEJO

El solar donde se ubica el Complejo Inmobiliario T. constituye a efectos registrales, y por tanto a efectos de propiedad, una única finca. Existe, por tanto, un único objeto real sobre el cual pueden recaer distintas formas de propiedad colectiva, pero que, hasta en tanto en cuanto no se realice operación en otro sentido, constituye una unidad jurídica, como se desprende del propio Registro de la Propiedad.

Sobre dicho solar, en su día, la mercantil T. previó la ejecución de un Complejo Inmobiliario a desarrollar mediante dos fases edificatorias separadas temporalmente la una de la otra. En todo caso, conviene despejar la duda de que se trata de un único complejo inmobiliario (1), tal y como se señala

(1) Una definición de Complejo Inmobiliario la encontramos en las Ponencias del V Congreso Internacional de Derecho Registral: *una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de los elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones*

en la Inscripción 2.^a que consta en el Registro de la Propiedad, cuyo tenor literal citamos, sin que quepa pensar en la posibilidad de dos propiedades totalmente independientes entre sí:

...El conjunto residencial, considerado en su totalidad, tiene en la actualidad los mismos linderos que el solar sobre el que se constituye y que son los siguientes...

En cuanto a la naturaleza jurídica de la figura y su correlativo régimen normativo, hay que señalar que, como ha quedado dicho, el Complejo Inmobiliario se compone de dos fases edificatorias que coexistirán en el mismo dentro del régimen de Comunidad regulado por la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril), puesto que encajan analógicamente con la descripción del artículo 396 del Código Civil, dada por esta última Ley en su Disposición Adicional única: *...para aplicar el régimen del artículo 396 del Código Civil a estos complejos inmobiliarios es preciso que estén integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí, cuyo destino principal sea la vivienda o locales, y que los titulares participen con carácter inherente a su derecho en una copropiedad indivisible sobre los demás elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios...* (2)

En suma hablamos para el total del Complejo de una única Comunidad en régimen de Propiedad Horizontal [régimen además *buscado de propósito*] (3), como pone de manifiesto la atribución de cuotas sobre el total de la finca y la mención del título constitutivo en la escritura de Obra Nueva de la Fase I], pues, como señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 12 de noviembre de 1992, en su Fundamento de Derecho primero, para un caso con un presupuesto de hecho similar al que nos ocupa: *«Cuando sobre una porción de terreno individualizada como finca indepen-*

y deberes entre los mismos, con vocación de permanecer a una multiplicidad de titulares para la construcción y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes. Véase Ponencias y Comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983, pág. VIII. Sobre la terminología del concepto, véase el artículo de FERNÁNDEZ COSTALES, J., Las urbanizaciones y la propiedad horizontal, Actualidad Civil, núm. 8, 1995, págs. 5 y sigs.

(2) DOMÍNGUEZ LUELMO, A., En la obra colectiva *La reforma de la Propiedad Horizontal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 42.

(3) Expresión de la STS de 28 de mayo de 1986 que, para un caso con un similar presupuesto de hecho al que nos ocupa, señaló que *...la servidumbre no es el único derecho limitativo del dominio en las relaciones de vecindad, sino que las limitaciones nacen, por vía contractual, con apoyo legal, en otras situaciones como la que se contempla, en las que existe una especial comunidad, como la que deriva de las urbanizaciones, cuya analogía con la propiedad horizontal es patente por la peculiar situación de distintos elementos, unos propios y otros comunes, y porque, en este caso, la aplicación de las normas de la propiedad horizontal ha sido buscada de propósito.*

diente se construye un edificio, éste pasará a formar parte integrante de dicha finca (vid. arts. 350, 353 y 358 del Código Civil), que seguirá conservando su unidad e individualidad jurídica —si bien modificada en su composición— y, consiguientemente, cuando ese edificio (en vigor, el todo formado por el suelo y la construcción) se constituye en régimen de propiedad horizontal, todo el terreno —y no sólo la parte ocupada básicamente por el edificio— se convierte en elemento común sobre el que recaerá el derecho de copropiedad inherente a la propiedad separada sobre cada uno de los diferentes pisos o locales (vid. art. 396.1 del Código Civil), de modo que en lo sucesivo no podrá segregarse ninguna porción del mismo no edificada sin el acuerdo unánime de todos los propietarios de los pisos o locales en que se ha dividido el edificio construido, adoptado en la forma pertinente (vid. arts. 397 del Código Civil, 11 y 16.1 LPH)».

En el mismo sentido se expresa el artículo 44 del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991:

1. También quedará sujeto al régimen de Propiedad Horizontal el conjunto constituido por varias edificaciones, contiguas o no, cuando la parcela sobre la que se asientan haya de ser común.

2. A la escritura en que se formalice el régimen se incorporará un plano en el que figure la situación en planta de edificios, la de los elementos y espacios comunes y, de existir, la de los usos adscritos a alguna edificación. Se incorporará original o testimonio cuando lo exija la legislación urbanística de la autorización administrativa que permita, sin segregación, las edificaciones autónomas.

3. En la inscripción se expresarán, en su caso, los datos esenciales de la autorización administrativa. Para la inscripción se acompañará copia del plano que quedará archivada en el Registro de la Propiedad.

Precepto que venía a completar al artículo 3.1 de ese mismo texto, el cual señala que:

1. El régimen comunitario existe desde que resulte por cualquier título que diversas propiedades separadas, de las que integran el conjunto, pertenecen a distintas personas.

En todo caso, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (4) y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el

(4) Sentencias, entre otras, de 2 de abril de 1971; 13 de noviembre de 1985; 26 de junio de 1995, señalando esta última: «Es doctrina de esta Sala, contenida en la sentencia de 23 de septiembre de 1991, que cita las de 18 de abril de 1988 y 13 de marzo de 1989, que se admite en el caso de las urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios.

Notariado, y dado el cierto vacío normativo que no ha venido a colmarse debido a la no aprobación de dicho Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, es claro que, en principio, el régimen normativo aplicable a esta figura inmobiliaria es, como hemos señalado, el contenido en la Ley de Propiedad Horizontal: *La regulación de la LPH constituye en la actualidad el «cuerpo normativo básico» de las nuevas formas de propiedad inmobiliaria plural (SAP, Sevilla 18-2-1992) (5).* En el mismo sentido, y al hilo de citada al pie STS de 23 de septiembre de 1991, señala CABALLERO GEA que *...la urbanización se regirá primero por sus estatutos, si no existen o para completarlos por la LPH, aplicada de modo analógico y también puede regirse, si así se establece expresamente, creando una Asociación, conforme a la Ley de 1964... (6)*

Sin embargo, la cuestión —más allá de la doctrina (7) y jurisprudencia anotada (8)— ha sido definitivamente resuelta, sobre la base de esos pronunciamientos, por la reciente reforma de la vetusta Ley de Propiedad Horizontal de 1960, operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril; la cual, en sus artículos 2.c) y 24, dedicados a los Complejos Inmobiliarios, sienta como regulación normativa de éstos en el ámbito jurídico privado (9), en primer lugar, los pactos

(5) CARRASCO PERERA, A. y otros, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Ed. Dilex, Madrid, 1997, pág. 425.

(6) CABALLERO GEA, J. A., *Propiedad Horizontal, Comunidades de Propietarios, Complejos Inmobiliarios Privados*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 66. Señala ese mismo autor (pág. 548) que *siendo la Ley de Propiedad Horizontal una norma de derecho necesario (último párrafo del art. 396 del Código Civil), debe regir con independencia de la efectiva existencia y eficacia del título constitutivo. Pero si ello es así cuando su objeto es un edificio dividido en pisos o locales por tratarse del supuesto de hecho expresamente contemplado en el artículo 396 del Código Civil, no ocurre lo mismo cuando estamos ante una «propiedad horizontal atípica» en la que habrá que acudir, como primera fuente de las obligaciones, al título constitutivo y estatutos, expresión del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil.*

(7) Fundamentalmente la sentada por SAPENA TOMÁS que fue el primero en propugnar la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a los Complejos Inmobiliarios, en lo que denominó *Propiedad Horizontal Tumbada*. SAPENA TOMÁS, J., *Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas*. Anales de la Academia Maritrense del Notariado, Tomo XIV, Madrid, 1968.

(8) *La jurisprudencia de las Audiencias sigue también con bastante generalidad y uniformidad el criterio de que el régimen jurídico aplicable a las urbanizaciones es el de copropiedad, similar al régimen de propiedad horizontal con aplicación analógica de la Ley de Propiedad Horizontal, y a tal efecto puedo citar las sentencias de las Audiencias Territoriales de Valencia, de 13 de febrero de 1975; de Granada, de 25 de septiembre de 1985; de Madrid, de 9 de junio de 1986, y las de las Audiencias Provinciales de Sevilla, de 18 de febrero de 1992; de Las Palmas de Gran Canaria, de 8 de marzo de 1993, y de Zaragoza, de 21 de junio de 1993.* FERNÁNDEZ COSTALES, J., *op. cit.*, pág. 21.

(9) En el ámbito jurídico público, y en lo referente a urbanizaciones privadas, será el Ordenamiento Urbanístico la norma primera en jerarquía. No obstante, en este nuestro caso, y como señala AMORÓS GUARDIOLA, no nos hallamos tanto en el caso de una urbanización privada o particular, sino que, siendo el suelo clasificado como urbano, no procede hablar de urbanización de iniciativa particular en sentido estricto, sino más bien

y normas establecidos entre los titulares, siendo las disposiciones de la citada Ley de Propiedad Horizontal y las correlativas del Código Civil de carácter supletorio.

Así, la reforma efectuada por la Ley 8/1999, en cuanto se refiere a los complejos inmobiliarios, da prioridad normativa a los pactos establecidos por los propietarios (art. 24.4) siendo en tal caso supletoria la Ley de Propiedad Horizontal (10). Si bien, si se opta por la aplicación directa de esta norma, el artículo 24.2 da la posibilidad de: *a)* constituir una única comunidad, o *b)* constituirse en una *Agrupación de Comunidades*, opción a la que la doctrina dio el apelativo de *Supracomunidad*, siendo la opción que se ha seguido en este concreto caso; y que resulta, a nuestro entender, la solución más versátil y adecuada, y más seguida en la práctica (11).

No obstante, si bien esta referencia normativa viene a ser ejemplarmente clarificadora, la regulación establecida por la Ley 8/1999, no deja de ser especialmente escueta, parcial e insuficiente para el complejo fenómeno de los Conjuntos Inmobiliarios y sus particularidades y singularidades propias respecto al régimen de la Propiedad Horizontal (12).

3. ASPECTOS REGISTRALES

Tras este primer y fundamental estudio sobre la configuración jurídica del Complejo Inmobiliario, hemos de centrarnos ya en los aspectos de Derecho Registral que concurren en el mismo.

Sobre ellos podemos decir que, en suma, la práctica registral ante la que nos encontramos en este caso no es otra que la conocida como *Técnica del triple folio* y recogida en la célebre Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 2 de abril de 1980. Esta técnica admitía la constancia registral de titularidades *ob rem* entre los diferentes edificios y las cuotas en los elementos y zonas comunes del complejo inmobiliario. Según dicha Técnica, sin necesidad de proceder a segregación o división alguna, y sin hacer peligrar el principio registral de especialidad, procede:

de ejecución privada de un plan público. AMORÓS GUARDIOLA, M., «Aspectos registrales de las urbanizaciones», en *RDU*, núm. 62, 1979. Para FERNÁNDEZ COSTALES (*op. cit.*, pág. 24) la norma urbanística es la primera fuente en todo caso.

(10) En el mismo sentido ya antes de la Ley 8/1999, y dando rango primero superior al planeamiento urbanístico como fuente normativa, se pronunciaba FERNÁNDEZ COSTALES, J., *op. cit.*, pág. 24.

(11) Véanse los comentarios de DOMÍNGUEZ LUELMO al artículo 24 de la Ley 8/1999, *op. cit.*, págs. 436 y sigs.

(12) Sobre esta distinción, véase LASO MARTÍNEZ, J. L., «De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios», en *RCDI*, 1993, págs. 1831 y sigs. También SAPIENA TOMÁS, J., *op. cit.*, págs. 516 y 517.

1. Abrir un folio general a toda la urbanización en su conjunto, en donde se inscriban los elementos comunes (...), y las reglas generales de toda la urbanización contenidas en el título constitutivo y en los Estatutos, y donde podrán relacionarse a través de una numeración, las distintas parcelas separadas sobre las cuales existan edificaciones, sometidas o no a su vez al régimen de propiedad horizontal.

2. Abrir folio separado a cada uno de los edificios en régimen de propiedad horizontal relacionándolos con el folio general de la urbanización.

3. Abrir folio separado a cada uno de los pisos o locales en la forma prescrita por la LPH.

No obstante lo anterior, la Comunidad del Complejo, tal y como se recoge en la Escritura de Obra Nueva del edificio de la Fase I, verá modificada su configuración actual una vez cumplida la ejecución sobre la base del 6 por 100 de la superficie de la finca, de la Fase II de la promoción. Formándose entonces definitivamente lo que la doctrina ha venido en llamar *Supracomunidad* (13), de modo tal que existiría una Comunidad de Propietarios para todo el conjunto de la urbanización y asuntos que le afecten en su totalidad, y otras tantas para cada uno de los edificios que hubiese en el complejo, limitándose el ámbito de estas últimas a los concretos asuntos de referencia exclusiva a ese ámbito espacial que es el edificio, a no ser que se opte por la solución alternativa, más compleja en la práctica, que ofrece el artículo 24.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, de integrarse en una sola Comunidad de Propietarios (*Agrupación de Comunidades*). solución esta, a mi juicio, más problemática que aquélla antes señalada y también permitida por ese artículo 24.2, puesto que serían amplias y difíciles de solucionar las *trabas* de Juntas de propietarios tan extensas en número de participantes y temas y donde se abordasen asuntos que sólo incumbiesen a una fracción de los mismos, lo cual se complicaría sobre manera, de impedirse la adopción de los mismos por cotitulares no afectados. Piénsese, por ejemplo, en las cuestiones que afecten únicamente a una escalera de propietarios de un edificio del complejo, sería absurda la voz de los titulares de otros edificios distintos y mucho más problemático, incluso en vía judicial, su voto, decisorio o no, sobre el tratamiento y la solución el asunto. Las cuestiones de legitimación no tardarían en suscitarse, por lo que de adoptarse esta solución, el papel de las normas de la agrupación serán fundamentales en este aspecto y, finalmente,

(13) El legislador, en el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha optado por la denominación de *Agrupación de Comunidades*.

creemos optarán por una diferenciación, si no nominal si al menos práctica, entre las distintas Comunidades existentes.

La figura de la *Supracomunidad* venía contemplada ya expresamente en el *cristalino* artículo 44 del Anteproyecto de Ley de Complejos Inmobiliarios de 1991 que, bajo la rúbrica de *Propiedad Horizontal sobre varias edificaciones*, vino a recoger la consolidada doctrina jurisprudencial de la cual nos hemos hecho eco, rezando así dicho precepto:

1. *También quedará sujeto al régimen de Propiedad Horizontal el conjunto constituido por varias edificaciones, contiguas o no, cuando la parcela sobre la que se asientan haya de ser común.*

2. *A la escritura en que se formalice el régimen se incorporará un plano en el que figure la situación en planta de edificios, la de los elementos y espacios comunes y, de existir, la de los usos adscritos a alguna edificación. Se incorporará original o testimonio cuando lo exija la legislación urbanística de la autorización administrativa que permita, sin segregación, las edificaciones autónomas.*

3. *En la inscripción se expresarán, en su caso, los datos esenciales de la autorización administrativa. Para la inscripción se acompañará copia del plano que quedará archivada en el Registro de la Propiedad.*

En nuestro caso, esta es la solución adoptada por el promotor del complejo para la prefiguración del mismo. Así se hace constar en la *Escritura de División Horizontal* (14) del edificio de la Fase I y *Modificación de Préstamo con Garantía Hipotecaria por Distribución del Mismo*, otorgada sobre la finca en cuestión por la mercantil T. y el Banco H. ante el Notario de B., D. J., el 9 de abril de 1991:

La Fase I del conjunto constructivo que se declara en la presente escritura tiene una superficie total construida, incluidos elementos comunes, de ONCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO METROS CUADRADOS (...), y le corresponde un coeficiente sobre el conjunto del solar de NOVENTA Y CUATRO ENTEROS POR CIENTO (94.00 por 100).

El conjunto residencial considerado en su totalidad tiene en la actualidad los mismos linderos que el solar sobre el que se constituye.

III. *En el apartado II del otorgamiento de dicha Escritura de Declaración de Obra Nueva* (15), *se consigna que la entidad T., podrá, sin autorización de los dueños de los departamentos de la Fase I, declarar la Obra Nueva de la Fase II, y proceder a la División Horizontal de las construcciones de ambas fases, en el momento en que lo estime oportuno,*

(14) Que, en suma, viene a hacer en cierto modo las veces del Título Constitutivo del Complejo en la Prefiguración de éste, hasta que, ejecutada la Fase II del mismo, no se otorgue formal y definitivamente dicho documento (recuérdese que el art. 94.2 RH equipara a efectos de inscripción a aquél con la Escritura de Obra Nueva).

(15) Se refiere a la del edificio de la Fase I celebrada ante ese mismo notario el 28 de diciembre de 1988.

*fijando además libremente las **Normas de Comunidad** que considere convenientes, y asignando a cada departamento el **coeficiente** que le corresponda.*

Se trata, tal y como señaló la importante Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de fecha 21 de octubre de 1980, una de las posibles soluciones para estructurar las relaciones internas surgidas del fenómeno de las urbanizaciones privadas es la constitución por el propietario único (aquí, el promotor en su día) de las fincas que en el futuro la formarán una serie de limitaciones o servidumbres recíprocas que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de los fines comunitarios futuros (aquí este papel lo juega el transcrito apartado II de la Escritura de Obra Nueva). Solución esta que dicha Dirección General califica de *Prehorizontalidad* (16) y que venía comprendida en cierto modo (ampliación) en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, que en su artículo 6 preveía que:

1. *El propietario, al constituir el conjunto, podrá reservarse el derecho de ampliarlo con expresión de los criterios que han de determinar las nuevas cuotas, con sujeción a la legalidad urbanística y con respeto siempre de las condiciones que impongan las reglas del conjunto. En cuanto a los terceros adquirentes se estará a lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 3.º*

2. *Tratándose de complejos urbanos, se precisarán los máximos de extensión superficial y de número de parcelas integrables en el conjunto. El derecho caducará a los diez años.*

3. *Tratándose de propiedad horizontal, el derecho comporta el de edificar encima o debajo de lo ya edificado o en otro sitio dentro del mismo solar, con respeto siempre de la seguridad y armonía del edificio. Se precisarán el lugar de la edificación y los máximos de volumen y número de plantas y locales integrables en el conjunto. El derecho sólo podrá referirse a los pisos, plantas o edificaciones que permitan las normas urbanísticas aplicables al constituirse la reserva, y caducará a los diez años respecto de la construcción que no esté terminada en ese plazo.*

La cuestión de la Prehorizontalidad ya fue tratada en 1973 por CÁMARA ALVAREZ, quien señaló: *La PH presupone un edificio (o grupos de edificios) que pertenece «proindiviso» a varias personas. A esta situación se llega de dos maneras distintas. O bien se trata de un edificio ya construido, que pertenece a un solo propietario o varios en comunidad ordinaria y que por diversas causas (venta, cesación de comunidad, herencia, etc.) se constituye en régimen de PH, o bien el edificio antes de existir como tal ha sido pro-*

(16) LASO MARTÍNEZ, J. L., por su parte, la denomina *Prefiguración de la urbanización o conjunto inmobiliario*, término que hacemos nuestro. Citado por RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 111.

yectado para que pertenezca por pisos o departamentos a diversas personas. Cuando esto acontece, y durante la fase de construcción del inmueble, éste se haya en una situación que con toda exactitud puede denominarse de «prehorizontalidad» (17).

Es sobre esta práctica, definición sobre la que podemos ver cómo en el caso que nos ocupa, nos hallamos ante una *Prehorizontalidad de una supra-comunidad o complejo inmobiliario*. En efecto, ejecutada la Fase I del mismo, y pendiente de ejecución por el constructor originario la Fase II (18), nos encontramos con que, no obstante, ésta tiene reservada por aquél, dentro del régimen de Prehorizontalidad, un 6 por 100 de la superficie del solar (unos 321,774 m²s) —superficie esta que no queda definida espacialmente en Escritura ni en Registro de la Propiedad— puede ser ejecutada por T. dentro del solar originario y con la edificabilidad relativa que de acuerdo con las determinaciones urbanísticas —en este caso el Plan General del municipio de B.— le corresponde 0,9 m²t/m²s (289,5966 m²t).

4. NATURALEZA JURIDICA DE LA FASE II

Dando ya por sentado que estamos ante un caso de Comunidad (*Supra-comunidad*) regido, en principio, por la Ley de Propiedad Horizontal, y estudiadas las cuestiones registrales de la misma, es interesante detenernos, siquiera sea un momento, para cuestionarnos cuál ha de ser la naturaleza jurídica de la Fase II del Complejo Inmobiliario dentro de ese régimen normativo.

Con carácter preliminar podemos señalar que el Tribunal Supremo ha venido señalando, *por razones registrales, que la parte de solar no construido ni segregado formalmente de la finca registral en régimen de p.h. ha de considerarse elemento común* (cfr. sentencia de 13 de marzo de 1981, que cita en su apoyo la de 11 de octubre de 1967 y la Resolución de 28 de febrero de 1968). Y en una línea bien asentada, estima decisivo para determinar la naturaleza privativa o común de ciertas partes del inmueble, la voluntad del (de los) constituyente(s) o promotor manifestada en el título constitutivo de

(17) CÁMARA ALVAREZ, M., «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», en la obra colectiva *Curso de conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1973, pág. 69.

(18) «...Las fuentes primordiales, perfectamente tipificadas, a través de las cuales surge en nuestro tráfico jurídico la situación de prehorizontalidad, se reducen esencialmente a tres: La primera de ellas tiene lugar cuando la persona, natural o jurídica, que acomete la construcción del edificio, se propone venderlo por departamentos. CÁMARA ALVAREZ, M., *op. cit.*, pág. 70.

la propiedad horizontal o de la urbanización, bien por hacer este expresa reserva para sí de la propiedad de la parte no construida (sentencia de 22 de junio de 1990) o por estar reservada en aquel título a ciertos comuneros en particular (sentencias de 6 de febrero y 8 de mayo de 1989), o bien si está considerada en el mismo título como elemento común del conjunto inmobiliario (sentencias de 18 de abril de 1988, relativa a edificio en p.h. y de 26 de enero de 1989, relativa a urbanización) (19).

En concreto, y sobre lo visto, para nuestro caso podemos distinguir *a priori* tres posturas fundamentales, cuya determinación no carece de trascendencia, pues, ya indicada la normativa a aplicar con carácter genérico, el optar por una u otra alternativa, por una u otra naturaleza jurídica, nos llevará a aplicar para la Fase II unas reglas u otras.

- a) La primera postura sería considerar que la Fase II es un elemento común de la comunidad de carácter transitorio, situación que habría de concluir tras su ejecución en que, desafectado de tal uso, se convertiría un elemento privativo. Su configuración como tal en la Declaración de Obra Nueva de la Fase I, así como su destino privativo que ha llevado al vallado de la porción de suelo donde en principio ha pretendido ubicarse, hace que, por título y destino, esta opción deba ser descartada, además de que la misma exigiría un acto positivo, siquiera tácito, de constitución, ya que su fisonomía se aproximaría bastante al de las servidumbres temporales.
- b) La segunda opción sería alejarnos del régimen de Propiedad Horizontal, puesto que al no estar la Fase II incluida en las previsiones normativas de la Declaración de Obra Nueva, a la espera de su ejecución (momento en que tendrá lugar esa inclusión con la consiguiente modificación del régimen establecido). A ello hay que añadir que en dicha Declaración sólo se ofrece la cuota de un 6 por 100 de la Fase II, referida únicamente al suelo de la finca registral, podría pensarse que estamos ante un caso de comunidad de bienes del Código Civil sobre el *elemento suelo*, ajena a aquélla de régimen de Propiedad Horizontal que sería exclusiva de la Fase I, hasta en tanto en cuanto, como hemos visto, no se le adhiere la Fase II. Esta compleja posición (que nos llevaría a encontrarnos con dos comunidades de distinto régimen, se aproxima a la realidad final que en su día habría de regir el Complejo, con dos comunidades para cada Fase y una tercera cuyo ámbito abarcaría el total del complejo) ha de encontrarse como principales objeciones, el que las cuotas definidas no guarden el carácter de ideales sino que las mismas son concretadas fisi-

(19) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 34.

camente mediante la determinación de elementos privativos que obstan al total uso y goce en común de la cosa, lo cual nos lleva a que la existencia de estos elementos privativos en correlación con aquellos delimitados como comunes, nos lleva de nuevo a la conclusión de que con claridad el conjunto, en principio, ha de regirse por el régimen de Comunidad de Propiedad Horizontal.

La cuestión de la pendencia del Título Constitutivo de la *Supra-comunidad*, y, en su caso de los Estatutos de ésta, no resta aplomo a la conclusión obtenida sobre la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a la situación estudiada, ya que, como bien señala FERNÁNDEZ COSTALES, en línea con lo establecido en el artículo 24.4 de la Ley 8/1999, *...en el supuesto de que no existiera título constitutivo o no existieran Estatutos o Reglamentos o éstos fueran nulos, estimo que en lugar de aplicar una solución única para todos los casos, lo cual puede no ser aconsejable en determinadas hipótesis, considero que existe base jurídica suficiente para aplicar a las urbanizaciones tanto la Ley de Propiedad Horizontal por analogía o, en su caso, por virtud de interpretación extensiva del artículo 3 de la misma, pues su ámbito no es taxativo...* (20)

- c) Una vez conducidos a igual solución de régimen normativo, no nos queda sino determinar el carácter de la Fase II, a día de hoy, esto es, del suelo reservado a esa fase, para conocer su más concreto régimen jurídico. Y desechada ya la posibilidad de configurarlo como un elemento común, hemos de concluir que se trata de un elemento privativo de dicha Comunidad. A esta conclusión residual, no obstante, es preciso buscarle un argumento adicional de carácter positivo; pues le es fácil objetar prontamente la carencia de atribución de cuota dentro de la misma. Frente a esto hay que señalar, recordando el título de este estudio, que nos hallamos ante un caso de *Prefiguración* de una Comunidad en régimen de Propiedad Horizontal, la cual ha de quedar completada al ejecutarse la Fase II e incluir definitivamente a ésta dentro de aquélla, una vez definida su superficie, uso y aprovechamiento, siendo este el único momento en el cual podrá determinarse esa cuota de participación, pues de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal

...Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma que racionalmente va a efectuarse de los servicios o elementos comunes.

(20) FERNÁNDEZ COSTALES, J., *op. cit.*, pág. 25.

Precepto este que obsta toda duda de la necesidad de determinar ciertos aspectos básicos (superficie, emplazamiento, uso y relación con los servicios comunes) de los elementos privativos para determinar su cuota de participación en la comunidad. Siendo así, y debiendo concretarse todos y cada uno de estos aspectos para la Fase II, lo cual no puede realizarse sino con su completa ejecución, hemos de sentar que estamos ante un caso de *Prefiguración* de una Comunidad Horizontal en la cual, no obstante, ha de considerarse como elemento integrante *ab initio* a la Fase II, si bien éste con una particular naturaleza dentro de este *régimen general transitorio*, pues para la constitución o nacimiento de la propiedad especial que suponen las urbanizaciones no es preciso la terminación de las obras conforme al antiguo artículo 8.4 LPH. En suma, hemos de concluir que la naturaleza jurídica de la Fase II, en relación a la Comunidad del Conjunto Inmobiliario, no puede ser otra que la de un ELEMENTO PRIVATIVO PENDIENTE DE ATRIBUCION DE CUOTA. En este sentido, la pendencia de esa atribución supone un elemento en común con las denominadas Propiedades Horizontales de Hecho reguladas en el artículo 2.b), donde también, como aquí, se produce una pendencia sobre el otorgamiento del Título Constitutivo.

5. EL REGIMEN DEL COMPLEJO PREFIGURADO

Ahora bien, la configuración de la Fase II como elemento privativo, a la espera de la atribución de cuota, nos plantea el problema de cómo se articula su condición de cotitular de la misma y la actuación como tal, sin la atribución de cuota, elemento que, en suma, es el definidor de las obligaciones y derechos de su titular (arts. 9 y 17 LPH). Llegados a este punto, en que la carencia de base normativa y de soluciones jurisprudenciales crea una laguna que puede llevar a la comisión de abusos relevantes y, como veremos más adelante, de gran trascendencia futura para la propia configuración de la comunidad, hemos de fijarnos en la realidad del momento y su relevancia jurídica, en el sentido de examinar la morfología y composición de la comunidad dentro del régimen de transitoriedad que nos ocupa, a fin de aproximar lo más posible a los dictados de la Ley que, en definitiva y con sus peculiaridades lo rige.

Así, es nuestro parecer que, en la actualidad, nos encontramos ante dos Comunidades que, en su día, con la ejecución de la Fase II, podrán, de acuerdo con los postulados del artículo 24.2 LPH, ser hasta tres. Esas dos comunidades son, una primera, la del inmueble de la Fase I, que no plantea en principio cuestiones fundamentales; y otra, segunda, la global del Complejo Inmobiliario, que cabe calificar ya, según el término que hemos adoptado de la doctrina, como de *Supracomunidad*.

Siendo así, y no estando legitimados el propietario o propietarios de la Fase II para tratar asuntos propios y reducidos exclusivamente al ámbito de la Fase I —a su Comunidad— ni viceversa, las relaciones entre la Fase I y Fase II, como cotitulares de la *Supracomunidad* han de ceñirse al concreto ámbito de ésta, es decir, a aquellos aspectos que inciden en la totalidad de la misma (fundamentalmente los relativos a elementos comunes y configuración).

Para ello la necesaria determinación de las cuotas ha de venir determinada por las fijadas en la Escritura Pública, tantas veces citada, y que se refería al sustrato común a ambas fases, el suelo, dando a la primera un 94 por 100, y a la segunda un 6 por 100 de la superficie de la finca, siendo este el criterio que siguen los artículos 19.2 y 20.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos para edificios que no se encuentren bajo el régimen de Propiedad Horizontal.

Todo ello ha de referirse básicamente a los aspectos de administración de la *Supracomunidad*, pues en lo que se refiere a los de uso de la cosa común, dentro de la misma la peculiaridad de no haberse ejecutado la Fase II hace determinar que el propietario de la misma, como cotitular, puede usar de la misma conforme a su destino, pero en cambio los propietarios de la Fase I no ven delimitados ni existidos los elementos comunes de la Fase II (a unir con aquéllos algún día). Mas la cuestión carece de gran trascendencia práctica, al ser el propietario de la Fase II el promotor del complejo y no por tanto, en principio, un residente que es a quien más interesaría el uso y disfrute para sí de esos elementos; a lo cual hay que añadir que la ya ejecución de los elementos comunes dentro de la Fase I, así como la en principio *escasa magnitud* de la Fase II hacen que en ésta, siempre bajo los dictados de la normativa urbanística correspondiente, y en especial de las determinaciones sobre aprovechamientos, edificabilidad y parcela mínima, la ejecución de espacios comunes ceda ante los privativos sin que, finalmente, varíen aquéllos, por lo cual la incidencia en los propietarios de la Fase I, en este sentido de uso y disfrute, no tendrá para ellos trascendencia de aumento cuantitativo ni cualitativo, si en su caso de descenso al entrar nuevos cotitulares provenientes de la Fase II (21), siendo en este punto fundamentales, a falta de otras determinaciones en las documentos públicos existentes, los

(21) *...Raro es el caso en que el constructor espera a que el edificio esté terminado para iniciar las ventas. Lo normal es que trate de buscar durante la construcción e incluso antes de que el edificio comience a fabricarse, los compradores, quienes al pagar en el momento de la celebración del contrato y después, es decir, en el curso de la edificación, una cantidad a cuenta del precio, financian con sus propios recursos una parte, al menos, del importe de la construcción.* CÁMARA ALVAREZ, M., *op. cit.*, pág. 70.

dictados que pueda establecer la normativa urbanística sobre estándares de urbanización y el Código Civil sobre las relaciones de vecindad (22).

6. MODIFICACION DE LA PREFIGURACION DEL COMPLEJO. EL ESTUDIO DE DETALLE

A modo de recapitulación de todo lo anterior, tomaremos las palabras de CARRASCO PERERA, quien, en la misma línea del transcrito artículo 6.3 del Anteproyecto de Ley de Complejos Inmobiliarios, realiza un genérico, pero perfecto recorrido y descripción de una situación *prototípica* que sirve de modelo para esta nuestra ante la que nos encontramos:

Según el TS, todo elemento en régimen de propiedad horizontal que no quede configurado expresamente como privativo en el título constitutivo, será común. Por tanto, habrá que evitar que, a la hora de comenzar la construcción de ulteriores fases de edificaciones dentro de la urbanización, la falta de previsión de esta circunstancia obligue a recabar el consentimiento de los actuales propietarios de fases ya construidas a fin de proceder a una segregación de terreno para el nuevo edificio (a ello obligó la RDGRN 12-11-91, RA 8631). La forma de proceder será la inscripción de la parcela donde haya de recaer la nueva fase como finca perteneciente a la urbanización, conectada ab initio con la parcela de elementos comunes y estableciéndose en el título constitutivo del conjunto la reserva, por parte del promotor, del derecho de ampliación del conjunto con nuevas unidades, respecto de las cuales tendrá éste pleno poder de configuración jurídica a través del otorgamiento del título constitutivo de los edificios resultantes. Como en el caso de las cláusulas de reserva de sobreelevación y subedificación en régimen de PH, esta cláusula habrá de prever las edificaciones futuras con la suficiente determinación, sin posibilidad de remitirse a eventuales modificaciones urbanísticas (23).

Sobre este último pronunciamiento, oponer otra postura distinta sería contraria al Principio de Seguridad Jurídica. Lo que no puede pretender la

(22) Véase GONZÁLEZ-ALEGRE, BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, Ed. Nauta, Barcelona, 1967.

(23) CARRASCO PERERA, A. y otros, *op. cit.*, pág. 430. En la misma línea, señala SAPENA TOMÁS: *...la urbanización particular tiende a formar un conjunto de tal modo reglamentado, que ofrezca a todos los usuarios la seguridad de su permanencia. El adquirente de una parcela, edificio o departamento ha de tener la garantía de que el ordenamiento de zona perdurará en las mismas condiciones en que inicialmente se ha plasmado, con subsistencia tanto de los derechos y limitaciones que configuren las propiedades particulares, como de los elementos de uso común en condiciones aptas para el mismo*. SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, Tomo XIV, pág. 488.

citada mercantil T. es ni: A) añadir o agregar solares colindantes al que aquí nos ocupa y ello aunque ostente la plena propiedad sobre los mismos; ni tampoco B) segregar aquellos 321,774 m²s citados correspondientes a la Fase II.

Y ello porque estas operaciones inciden de modo y manera fundamental sobre el derecho de propiedad de cada uno de los titulares de la Fase I, pues, recordémoslo, éstos y el propietario de la Fase II (hoy todavía la promotora) se hallan en régimen de comunidad que se rige por las normas de la Ley de Propiedad Horizontal y por el Código Civil, señalando el artículo 397 del Código Civil que ningún propietario puede efectuar alteraciones (24) en la cosa común, aunque sea beneficiosa, si no es con el CONSENTIMIENTO UNANIME de los otros comuneros; no bastando siquiera que lo apruebe la mayoría.

Exige, por su parte, la Ley de Propiedad Horizontal, en su artículo 17, la UNANIMIDAD para la modificación de elementos comunes y para la modificación del Título Constitutivo, acción para la cual la cláusula de la Escritura de Obra Nueva, antes citada, no autoriza para actuar más allá de los límites estrictos del solar, los cuales se configuran como límites del complejo:

...El conjunto residencial, considerado en su totalidad, tiene en la actualidad los mismos linderos que el solar sobre el que se constituye y que son los siguientes...

limitación esta que, además, aparece en la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad y que, por tanto, goza de la protección del mismo (art. 1 LH) (25), y que su variación en cualquier sentido haría precisa la UNANIMIDAD de los comuneros que exige el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal.

En idéntico sentido el artículo 4.1, último párrafo del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, señalaba que:

Las cuotas de participación no podrán modificarse sino con los requisitos establecidos en esta Ley o con el consentimiento de todos los propietarios.

(24) Las alteraciones que menciona la norma han sido interpretadas por la jurisprudencia como referidas a modificaciones físicas de la cosa y a actos jurídicos de disposición hechos por uno o varios comuneros sobre la totalidad de la cosa; asimismo la construcción en terreno común o la modificación arquitectónica del bien, e incluso la venta de la cosa común.

(25) Señala el artículo 3.3 del Anteproyecto de Ley de Complejos Inmobiliarios, en congruencia con el artículo 32 LH, que *las cláusulas o pactos modificativos del régimen legal no inscritos en el Registro de la Propiedad no serán oponibles a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe de las propiedades separadas; precepto al que habrá que aplicar la doctrina registral del artículo 32 LH.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 105.

Y el artículo 41 de ese mismo Anteproyecto, ya referido exclusivamente a los Complejos Urbanos, y bajo el título de Ampliación, no deja lugar a dudas sobre cuál debiera ser el adecuado *iter legal* para proceder a la ampliación del Complejo Inmobiliario, regulando expresamente dicho fenómeno de modo más benévolo en cuanto al quórum a observar que las dos normas anteriormente citadas (CC y LPH):

La Junta General, con voto favorable, cuando menos de la mayoría de todos los propietarios, siempre que ésta, a su vez, represente más de la mitad del montante de todas las cuotas, puede acordar la incorporación de una o varias fincas a petición de sus propietarios, al régimen del complejo. En el acuerdo se señalará el precio y, además, y conforme a la base a que se refiere el artículo 4.º, la cuota correspondiente a las parcelas incorporadas con la consiguiente reducción proporcional de las cuotas restantes.

Lo que no puede pretender la promotora del complejo es, bajo la ausencia de Título Constitutivo del mismo (que, recordémoslo, se dejó pendiente a falta de la ejecución de la Fase II) (26), ampararse en una cláusula de reserva que tiene unos límites amparados en la publicidad del Registro de la Propiedad, cuales son los linderos de la finca registral. La STAP Vizcaya de 23 de noviembre de 1994, tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el alcance de una cláusula estatutaria, en relación con las determinaciones de los artículos 12 y 17 LPH, que permitía la agrupación de elementos privativos con la consiguiente modificación de cuota, así como la instalación de chimeneas y tubos de ventilación, de modo unilateral —sin necesidad del consentimiento unánime del resto de copropietarios— para los titulares de unos locales de la comunidad; y señaló esa sentencia que *...en las condiciones especificadas estatutariamente no exime al copropietario de un elemento privativo que pretenda realizar alguna alteración en los elementos comunes del edificio, de la obligación de solicitar y obtener previamente el consentimiento unánime de los restantes condueños (...) ya que el precepto estatutario invocado no contiene ninguna autorización general a los comuneros para realizar cualquier tipo de obra en los elementos comunes, sino que se limita a facultarles a agrupar o dividir los elementos privativos de los que son titulares, asignan-*

(26) Podríamos calificar la situación de *Propiedad Horizontal de Hecho*, artículo 2.b) LPH (término que ha acuñado la Jurisprudencia para aquellos supuestos de edificios divididos por pisos y vendidos como tales a distintos propietarios, con sus elementos comunes, y hasta con sus estatutos, pero en los que no existe título constitutivo, es decir, que la propiedad horizontal no ha surgido como tal jurídicamente. CABALLERO GEA, *op. cit.*, pág. 62), sin embargo, consideramos que en propiedad no estamos ante tal supuesto por encontrarnos ante un régimen transitorio hacia un régimen de Propiedad Horizontal, digamos definitivo, y cuya pendencia no se basa en cuestiones de hecho sino en una querida *pseudoregulación legal* como es la *Prefiguración* de la Propiedad Horizontal.

do la correspondiente cuota de participación sin el previo consentimiento de los demás copropietarios... (27) Como vemos, esta sentencia da pie a considerar conformes a Derecho, al igual que la RDGRN de 12-11-91, antes citada, aquellas cláusulas que dispensan de las normas de los artículos 12 y 17 LPH sobre necesidad de consentimiento unánime de los copropietarios de la comunidad para realizar alteraciones en su configuración, sobre la base de que las normas estatutarias, en especial en los Complejos Inmobiliarios, la norma primera es la establecida en el Título Constitutivo y, en su caso, en los Estatutos (art. 24.4 LPH); pero, también deja claro la Audiencia Provincial de Vizcaya en esa su sentencia, que estas cláusulas no pueden aplicarse extensivamente, sino en sus más estrictos términos, para lo cual es fundamental su perfecta determinación, y ello por ser dispensa a norma legal con el consiguiente riesgo de abusos que pudieran producirse.

En definitiva, de igual modo que para el supuesto del pronunciamiento visto, toda operación que exceda del exacto contenido de esa cláusula de reserva (la cual habrá de interpretarse en el sentido más estricto en aras del Principio de Seguridad Jurídica) quedará falta de legitimación al precisar el consentimiento unánime de todos los propietarios del complejo que, como adquirentes de buena fe, y protegidos por el contenido del Registro, no pueden ver alterada su situación más allá de lo expresado en éste. Otra interpretación que nos llevase más lejos en el sentido de ampliar la disposición de la citada cláusula no sólo contradiría los más elementales Principios Registrales sino que, además, nos llevaría a tener que considerar como abusiva dicha cláusula de acuerdo con los dictados de la Ley 7/1998, de 6 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y por tanto nula de pleno derecho, pues no se puede pretender crear una vinculación ilimitada a la propiedad de modo que ésta pueda quedar alterada en cualquier modo y tiempo por la voluntad unilateral de uno de los comuneros con el consiguiente perjuicio de los restantes. Ello iría en contra de los más básicos Principios de Equidad, Buena Fe y Seguridad Jurídica.

A este argumento, que otorga a la Ley de Propiedad Horizontal el carácter de normativa de directa y primera aplicación al caso, al ser nuestra opinión la de que, a pesar de que el artículo 24.4 de esa norma, tras la reforma operada por la Ley 8/1999 y sobre la base del Principio de Libertad de Pactos del artículo 1.255 del Código Civil, permite que los Conjuntos Inmobiliarios se rijan por las reglas establecidas en su Título Constitutivo (28), fundamen-

(27) CABALLERO GEA, J. A., *op. cit.*, pág. 366.

(28) *...en presencia de regulación especial nacida de la voluntad de los particulares, parece que no existe duda de que el régimen jurídico aplicable, en el aspecto jurídico-privado, es el libremente pactado en el título constitutivo, y en esta línea se pronuncia las SSTC de 3-11-1989 y del TS 28-5-1988 y 13-3-1989.* CABALLERO GEA, J. A., *op. cit.*, pág. 555.

tar esa opción sobre una cláusula de reserva anterior a la meritada reforma y usando la misma para ampliar unilateralmente el complejo más allá de sus estrictos límites que se hayan inscritos en el Registro de la Propiedad, supondría tanto una burla a la protección del mismo como un efectivo y real perjuicio para los comuneros de la Fase I que verían modificada la proporción entre elementos privativos y comunes del complejo, variando totalmente las condiciones de adquisición de su departamento. Esto en suma, además de ser contrario a los Principios Registrales, no cabría considerarlo sino como un abuso de derecho catalogable dentro las denominadas *Cláusulas abusivas* de la ya citada Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y sancionadas por esta norma con la nulidad (art. 8.2 LCGC). En concreto, ese artículo 8.2 se remite el artículo 10.bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, introducido por aquélla para definir los supuestos de Condiciones Generales de la Contratación (29), incluyéndose entre las mismas las contenidas en los Títulos Constitutivos y/o Estatutos de las Comunidades de Propietarios (30).

Puede considerarse abusiva la cláusula de reserva que nos ocupa, de ser entendida en el sentido de potestad del promotor (su redactor) para ampliar indefinida y unilateralmente el complejo, desde los postulados de la Disposición Adicional primera V.20 de la LGDCU (introducida por la Ley 7/1998), donde se establece que se considerarán abusivas (31) las estipulaciones que impongan al consumidor la adhesión a *cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar un conocimiento real antes de la celebración del contrato* (32). Y, en todo caso, conforme al artículo 6.2 de la Ley 7/1998,

(29) Señala el artículo 1.1 LCGC que *son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

(30) *...el mayor auge de la contratación mediante condiciones generales se produce precisamente en aquellos sectores del tráfico mercantil en que apenas existe regulación legal positiva, con la consecuencia de que muchas veces se carecían de las normas legales imprescindibles para la integración y conservación del contrato en favor del consumidor...* CANDELARIO MACÍAS, I., en la obra colectiva *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 123.

(31) *Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene porqué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares* (Exposición de Motivos de la Ley 7/1998).

(32) DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, pág. 446.

que viene a recoger lo señalado en el artículo 1.288 del Código Civil, en el supuesto de que existiesen *dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras*, éstas *se resolverán a favor del adherente* (Principio *contra proferentem*), lo cual aquí bien podría suscitarse.

A ello es preciso añadir, que si bien el artículo 24.4 LPH confiere prioridad normativa a las reglas contenidas en el Título Constitutivo o en los Estatutos, es fácil observar, como ya hemos apuntado anteriormente, las similitudes entre la *Prefiguración de la Propiedad Horizontal* y la *Propiedad Horizontal de Hecho* del artículo 2.b) LPH, cuando la primera, en similitud con la segunda, tiene en pendencia su Título Constitutivo. Por ello, y mediante la analogía del Código Civil, consideramos aplicables en este caso las reglas del expresado artículo 2.b) LPH en cuanto a la normativa aplicable. Lo cual nos lleva, nuevamente, a la misma conclusión de dar prioridad a la citada Ley como fuente normativa, y por ende, exigir el consentimiento unánime de todos los copropietarios para la modificación de la configuración del Complejo Inmobiliario, pues, como señala tal artículo 2.b), las comunidades que carezcan de Título Constitutivo (*Propiedad Horizontal de Hecho*) *se regirán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros*. En este punto, *lo difícil es*, señala DOMÍNGUEZ LUELMO, *los preceptos de la Ley que son directamente aplicables y los que no pueden serlo* (33). De este modo, y siguiendo a este autor, directamente aplicables serían los artículos 396 del Código Civil, 3 y 4 LPH, relativos al régimen jurídico de la propiedad, de las partes privativas y elementos comunes; y los artículos 6, 7, 9.1, letras a), b), c), d) y g), y parcialmente, los artículos 8, 10, 11 y 12 LPH, relativos a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros.

Como vemos, entre tales disposiciones se encuentra la regla relativa a la alteración de la configuración del bien objeto de la Comunidad (art. 12 LPH), el cual se remite a las reglas de modificación del Título Constitutivo (art. 17 LPH), las cuales exigen la unanimidad para tales operaciones. Así pues, la aplicación analógica del artículo 2.b) LPH, relativo a la *Propiedad Horizontal de Hecho*, nos llevaría a la lógica conclusión de que cualquier modificación sobre la configuración del Complejo Inmobiliario sería contraria a la Ley y, por tanto, nula de pleno derecho, más cuando, aun cuando no se realizase esa analogía, la cláusula de reserva de la Escritura de Obra Nueva viene limitada por los lindes de la finca, como hemos tenido ocasión de señalar.

Tras los puntos vistos, hemos de centrarnos ya en la cuestión relativa a la figura del Estudio de Detalle, y sobre la misma señalar que la posible reali-

(33) DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, pág. 41.

zación de esta serie de actuaciones, *encubiertas* bajo un instrumento urbanístico que ha de venir previsto por el Plan General, como es el Estudio de Detalle (34) (que, de acuerdo con la citada normativa urbanística autonómica y ya antes, con los arts. 14.3 de la Ley del Suelo de 1976 y 91.3 de la Ley del Suelo de 1992, no puede variar las determinaciones del planeamiento de los terrenos comprendidos en su ámbito ni ocasionar perjuicio ni alterar las condiciones de la ordenación de los predios colindantes, no puede incurrir en desviacionismos innovativos) en suma, supone el intento de amparar un ilícito civil bajo la hipotética aprobación del mismo por la Autoridad Administrativa competente, el Ayuntamiento de B. Pero, como es obvio, y ha de quedar claro, la actuación administrativa no puede afectar a las relaciones civiles interprivadas (*sin perjuicio de tercero*), siendo su único y exclusivo objeto el control de la legalidad urbanística y la adecuación a ésta de las actuaciones de los particulares.

En el caso de los Estudios de Detalle de ordenación de volúmenes, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana, su objeto es efectuar *remodelaciones tipológicas o morfológicas*; esto es, mediante esta figura sólo cabe realizar meras *remodelaciones de la tipología prevista, o bien, manteniendo la misma tipología efectuar variaciones morfológicas* (35).

Un primer aspecto en el ámbito jurídico-público es el de la naturaleza de los Estudios de Detalle, sobre la cual señala LASO MARTÍNEZ que éstos *tienen un carácter complementario respecto de los Planes de Ordenación, pero al mismo tiempo constituyen una nueva base aplicativa en su desarrollo y por lo tanto cercanos ya a los actos de mera ejecución de aquél...* (36) Por lo tanto, y de acuerdo con lo señalado en el citado artículo 26 de la Ley 6/1994, en su número 1, sólo podrán existir en suelo urbano cuando vengan expresamente previstos en el planeamiento general correspondiente, precepto que exige previsión expresa y positiva, yendo más allá que sus precedentes estatales que autorizaban el Estudio de Detalle cuando fuese preciso completar la ordenación del planeamiento general por no haber llegado éste al detalle pormenorizado que recoge el Estudio de Detalle: *...en todo caso, pues, queda a merced de los redactores del Plan General matizar el grado de desarrollo*

(34) Artículo 26 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, reguladora de la Actividad Urbanística; y artículos 100 y 101 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana, aprobado mediante el Decreto 201/1998, de 15 de diciembre, del Gobierno valenciano.

(35) ROMERO SAURA y LORENTE TALLADA, *Régimen Urbanístico de la Comunidad Valenciana*, Universidad Politécnica de Valencia – Fundación Bancaixa, 4.ª Ed., Valencia, 1996.

(36) LASO MARTÍNEZ, J. L., «Los Estudios de Detalle, nueva figura legal de planeamiento», en *RDU*, núm. 43, 1975, pág. 50.

del Plan General respecto del suelo urbano y del Plan Parcial para el suelo urbanizable programado. Cuando este grado de desarrollo no llegue a alcanzar las previsiones correspondientes a los propios Estudios de Detalle, el desarrollo del Plan General o de los Planes Parciales podrá hacerse posteriormente mediante éstos; lo que no ocurrirá, por el contrario, cuando el Plan General en sí mismo contenga aquellas propias determinaciones o se consignen también en los Planes Parciales, puesto que en este caso ambos documentos contendrán el régimen total e integral del suelo sin necesidad de la incorporación de un nuevo documento (37).

Así pues, ha quedado meridianamente claro que el primer estudio sobre la idoneidad legal del Estudio de Detalle ha de versar más que sobre sus efectos sobre su propia sustancia, esto es, sobre su legitimidad jurídico-pública. En concreto habrán de observarse, primero, las determinaciones que el planeamiento general de la ciudad establece para el ámbito en cuestión y ver si las mismas admiten, por su grado de determinación, la existencia de un instrumento de planeamiento que las complete, lo cual no será posible si, como hemos visto, aquel planeamiento general ofrece ya el régimen total e integral del suelo; en segundo lugar, será preciso ver si, conforme al mandato del artículo 26.1 de la Ley 6/1994, el Estudio de Detalle se haya amparado por correspondiente planeamiento general, pues aquél sólo vendrá avalado por *éste para las áreas o en los supuestos previstos por los Planes Generales*; y en tercer lugar, y por último, corroborado todo lo anterior, será preciso verificar la congruencia entre el Plan General y el Estudio de Detalle ya que éste sólo puede servir de complemento a las determinaciones de aquél y no modificar éstas; mas sobre este último aspecto tendremos ocasión de volver más adelante.

Superados, en su caso, estos exámenes, podremos pasar, si bien sin abandonar definitivamente las anteriores cuestiones, al plano jurídico-privado de la cuestión.

Así, llegados a este punto, podemos afirmar que para este caso la figura del Estudio de Detalle cae en cuanto a sus efectos civiles en una falta total de legitimación (38), y ello porque afectando finalmente la misma a la totalidad del Complejo Inmobiliario, en el sentido de ampliar los lindes jurídicos

(37) LASO MARTÍNEZ, J. L., «Los Estudios de...», *op. cit.*, pág. 57. *...de esta manera resultará, en definitiva, que los Estudios de Detalle podrán realizar la misma función que los Planes Parciales respecto del suelo urbano, para completar las determinaciones de éste...*

(38) No así en el ámbito público, pues el artículo 26 de la Ley de Régimen de la Actuación Urbanística considera legitimado a cualquier interesado para promover los ED, lo cual en el ámbito civil es fácilmente contrarrestable con la legitimación requerida por las normas citadas y que habrá que referir a los efectos del citado instrumento, con relación a los cuales si es apelable el artículo 100.4 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana que señala que, *en ningún caso podrán ocasionar perjuicio ni alterar las condiciones de ordenación de los predios colindantes.*

y materiales de éste, más allá de donde lo permite la reserva realizada por la promotora T a su favor en la Escritura de Obra Nueva de la Fase I, y siendo la ordenación urbanística la *Norma primera* del régimen del Complejo Inmobiliario (39) al configurar las posibilidades edificatorias y de ordenación del mismo, se hace precisa, sobre las reglas de la Ley de Propiedad Horizontal, la unanimidad de todos los comuneros para realizar cualquier tipo de actuación, preparatoria o no, encaminada a modificar la configuración de la Comunidad o Complejo.

La reserva que el promotor de la Fase II realiza a su favor en la Escritura de Obra Nueva de la Fase I, pese a las graves deficiencias de indeterminación en que la misma incurre con el consiguiente riesgo de inseguridad jurídica, y que a nuestro juicio debieran de haber sido motivo más que suficiente para proceder a profundo examen del mismo por parte de los fedatarios públicos, es conforme a Derecho de acuerdo con la doctrina de la DGRN, pero ello no significa que sea ilimitada sino que, como hemos visto, la misma ha de referirse necesariamente a la extensión de la finca como límites del complejo, según consta en el Registro de la Propiedad, sin que quepa creer que la misma faculta para una modificación o ampliación indefinida del complejo a unilateral voluntad de su promotor.

En efecto, de la idea de unidad del Complejo Inmobiliario, consustancial al mismo (40), y de las Resoluciones de la DGRN de 21 de octubre de 1980 y 5 de noviembre de 1982, se hace preciso proteger a los futuros adquirentes de viviendas o locales en el mismo a través de la correspondiente publicidad de la edificación proyectada y del Estatuto jurídico del futuro Complejo Inmobiliario, de manera que no se pueda variar la situación jurídica creada sin su consentimiento (41).

A ello hay que sumar una falta de adecuación legal del Estudio de Detalle a la finalidad pretendida. Puesto que, como señala el artículo 26 de la Ley 6/1994, los ED de volúmenes lo que pueden efectuar es remodelaciones tipológicas o morfológicas; o sea, los *ED de volúmenes* pueden realizar, siempre que lo prevea el Plan General (42), *remodelaciones de la tipología prevista*

(39) FERNÁNDEZ COSTALES, J., *op. cit.*, pág. 24.

(40) Y de la que se hizo eco AMORÓS GUARDIOLA: *...la idea de urbanización lleva consigo la de parcelación o distribución del terreno en pequeños espacios que, al pasar a la propiedad particular de diferentes dueños, forman fincas independientes, aunque subordinadas a una normativa que rige el complejo urbanístico en que están ubicadas.* AMORÓS GUARDIOLA, M., *op. cit.*, pág. 23.

(41) DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op. cit.*, pág. 454.

(42) *...En todo caso, respetarán el principio de jerarquía normativa pues, en la medida en que pueden contribuir a delimitar el derecho de propiedad del suelo, son Derecho objetivo ellos mismos, normas jurídicas; por lo tanto, nunca podrán alterar determinaciones del planeamiento que sólo vienen a completar...* SÁNCHEZ GOYANES, E. (Cord.), *Sistema urbanístico español*, Ed. Paraninfo, Madrid, 1994, págs. 140.

o bien, manteniendo la misma tipología, efectuar variaciones morfológicas (43). Cosa que ni en uno ni en otro sentido se da en el Estudio de Detalle aquí tratado, sino que el mismo, en clara contravención de la regla de los artículos 14.3 LS76 y 91.3 LS92, reflejada hoy en los artículos 26.3 de la Ley 6/1994 y 100 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana (aprobado mediante el Decreto 201/1998, de 15 de diciembre, del Gobierno Valenciano), y de las normas civiles tantas veces citadas (arts. 17 LPH y 347 del Código Civil), pretende una alteración de las determinaciones urbanísticas y civiles de los predios comprendidos en su ámbito y, en especial, de los terrenos del Complejo Torpa (en perjuicio de los propietarios de la Fase I, que verían modificada de modo escandaloso la proporción entre elementos comunes y privativos) (44), que, como hemos dicho tantas veces, se pretende ampliar sin medida, con el consiguiente perjuicio de sus actuales propietarios (45). En este sentido es oportuno traer a citación el artículo 10 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales que, para el caso de las licencias, al igual que hacían los ya citados artículos 14.3 LS76, 91.3 LS92

(43) *Los ED completan o readaptan alienaciones y rasantes, y volúmenes de edificación definidos en Planes Generales, Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento y Proyectos de Delimitación de Suelo Urbano. Los PP y los PERIs sólo pueden remitir al ED el complemento y adaptación de volúmenes y el reajuste de alineaciones y rasantes. Se completa cuando el planeamiento superior no sea suficientemente concreto y se readapta cuando se quieren modificar las condiciones, sin que suponga cambio de alineaciones exteriores, ni aumento de volumen.* MOYA GONZÁLEZ, L. (Ed.), *La práctica del planeamiento urbanístico*, Ed. Síntesis, Madrid, 1994, pág. 251. En el mismo sentido se mueven el resto de Legislaciones Urbanísticas, ya nos referíamos a las anteriores estatales o a las autonómicas más recientes; así, v.g., en la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, el ED *tiene por finalidad exclusiva la previsión o el reajuste de alineaciones y rasantes y/o volúmenes (...)* los ajustes que el Estudio de Detalle puede introducir en la ordenación y derechos urbanísticos son casi exclusivamente morfológicos, de trazado, y en el único caso en que pueden ser sustanciales o de contenido es para la ampliación de las dotaciones públicas. PAREJO ALFONSO, L. (Dir.), *Derecho urbanístico de Castilla-La Mancha*, Ed. Marcial Pons-Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, pág. 254.

(44) Señala el artículo 100.4 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana, para los Estudios de Detalle, en la línea de los artículos 14.3 LS76 y 91.3 LS92: *En ningún caso podrá ocasionar perjuicio, ni alterar las condiciones de ordenación de los predios colindantes.*

(45) *...como señala la doctrina, hay que intentar evitar una proliferación indebida de estos Estudios, porque el señalamiento de alineaciones y rasantes, así como la reordenación de los volúmenes debe quedar resueltas a nivel de Plan General en suelo urbano y de Plan Parcial en otro caso, a fin de evitar el peligro de que este instrumento de planificación —por su simplicidad de contenido, así como el escaso control de la Administración urbanística estatal y autonómica— pueda convertirse en instrumento eficaz para amoldar las determinaciones del planeamiento a las conveniencias de la promoción privada...* Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de junio de 1986.

y 100.4 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana para los estudios de detalle, señala que aquéllas *no alterarán las situaciones jurídicas privadas entre éste* (peticionario de la licencia) *y las demás personas*.

La transferencia de edificabilidad de unas fincas a otras por medio de un instrumento complementario de planeamiento como es el Estudio de Detalle, no puede llevar a variar las relaciones jurídico-privadas de éstas, puesto que, en suma, lo que se estaría produciendo es un ataque al derecho de propiedad de nuestro artículo 33 CE, al variar las condiciones jurídicas de este derecho que viene definido, como bien señaló en su día GARCÍA DE ENTERRÍA, de acuerdo la letra del número 2 de ese precepto constitucional, por las determinaciones del planeamiento urbanístico que es el que define el *contenido normal del derecho de propiedad*.

Todo ello es razón más que suficiente para la impugnación y anulación del citado Estudio de Detalle, tanto por causas civiles como administrativas, pues el mismo busca lograr una redistribución de volúmenes con fincas registrales colindantes a fin de paliar la escasa superficie y edificabilidad a que su propio propietario y promotor ha dejado reducida la Fase II del complejo. Y como ya quedó expuesto en el I Simposio Internacional sobre Propiedad Horizontal celebrado en 1972 en Valencia, *lo mismo que la Administración no puede desconocer las relaciones de derecho privado y los particulares tienen siempre un límite de su autonomía en el Derecho Público —muchas veces de carácter necesario— también las urbanizaciones públicas han de respetar fundamentales derechos privados como el dominio, y las urbanizaciones privadas están sujetas a aquellas normas de derecho público que delimitan su existencia y condicionan su realización* (46).

Por último, la cuestión sobre si la mercantil T. se ha apropiado para la ejecución de la Fase II de suelo más allá de los citados 321,774 m²s sería cuestión a resolver sobre los ya vistos postulados de la Ley de Propiedad Horizontal, pues con toda seguridad el exceso sobre dicha superficie de suelo estaría afectando a zonas de uso común para las cuales rige la norma de unanimidad antes expresada. En suma, se trataría de una acción reivindicatoria de dominio del artículo 348 del Código Civil por parte de la Comunidad del Complejo contra uno de sus cotitulares que ha ampliado unilateralmente y de hecho su dominio privativo en perjuicio de lo que son elementos comunes.

Y sobre la localización espacial exacta de la Fase II sobre la superficie de la finca, al no estar la misma definida en ninguno de los documentos existentes, es causa de notable inseguridad jurídica que debiera haber sido controlada y revisada en su día por los Agentes Públicos implicados, a fin de evitar

(46) Citado por RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *Las urbanizaciones privadas*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 66.

situaciones como éstas, para lo cual consideramos óptima *de lege ferenda* aquella previsión que ya realizara el transcrito artículo 6.3 del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, relativo a la ampliación de los mismos:

3. *Tratándose de propiedad horizontal, el derecho comporta el de edificar encima o debajo de lo ya edificado o en otro sitio dentro del mismo solar, con respeto siempre de la seguridad y armonía del edificio. Se precisarán el lugar de la edificación y los máximos de volumen y número de plantas y locales integrables en el conjunto. El derecho sólo podrá referirse a los pisos, plantas o edificaciones que permitan las normas urbanísticas aplicables al constituirse la reserva y caducará a los diez años respecto de la construcción que no esté terminada en ese plazo.*

La situación espacial, finalmente, también habría de venir determinada mediante documento gráfico, según el artículo 44 de ese mismo Anteproyecto:

1. *También quedará sujeto al régimen de Propiedad Horizontal el conjunto constituido por varias edificaciones, contiguas o no, cuando la parcela sobre la que se asientan haya de ser común.*

2. *A la escritura en que se formalice el régimen se incorporará un plano en el que figure la situación en planta de edificios, la de los elementos y espacios comunes y, de existir, la de los uso adscrito a alguna edificación. Se incorporará original o testimonio cuando lo exija la legislación urbanística la autorización administrativa que permita, sin segregación, las edificaciones autónomas.*

3. *En la inscripción se expresarán, en su caso, los datos esenciales de la autorización administrativa. Para la inscripción se acompañará copia del plano que quedará archivada en el Registro de la Propiedad.*

Siendo esta la misma situación, y a falta de plano inscrito en el Registro de la Propiedad (que sería la mejor y más deseable regulación sobre la tantas veces clamada la correlación entre Catastro y Registro), cabe acudir a aquel documento gráfico que, aun sin la fuerza y protección de dicho Registro Público, permita probar la situación espacial de la Fase II en el Conjunto Inmobiliario, y éste no es otro que el Proyecto de Ejecución de la Fase I, correspondientemente visado y tras su paso por la Administración Local para la obtención de la correspondiente licencia de obras (lo cual le otorga un cierto carácter de *oficialidad por destino*), se defina perfectamente la situación, lindes y configuración de esa primera Fase, y por ende, si bien residualmente, dichas características para la Fase II del complejo.

Es este nuestro dictamen, salvo mejor razón en Derecho, y así lo expresamos en A., a veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

JOSÉ ANTONIO CARRILLO MORENTE
Abogado

La esquizofrenia como causa de separación matrimonial en el Ordenamiento Jurídico-Civil español

INTRODUCCION AL TEMA

El matrimonio es una institución jurídica contemplada por el legislador constitucional en el artículo 32, que preceptúa que **«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»** (apartado 1). **«La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»** (apartado 2).

Efectivamente, el legislador ha previsto, tras la Reforma operada por la Ley de 7 de julio de 1981, en sede de Derecho de Familia, unas causas de separación matrimonial para aquellas situaciones que bien pudieran denominarse como crisis del matrimonio. Se trata, sin duda, de unas causales conflictivas que dan lugar a polémica y que no siempre son fáciles de interpretar, como, por otra parte, nada hay fácil en el complejo y delicado ámbito de la pareja matrimonial.

La separación matrimonial, tradicionalmente, ha venido regulándose en distintos Ordenamientos Jurídicos como una sanción, una pena impuesta al cónyuge culpable de un determinado comportamiento ilícito en relación con los deberes conyugales. Tras la Reforma del 81, ya mencionada, la separación deja de exigir, al menos con carácter absoluto, la tajante distinción entre cónyuge culpable y cónyuge inocente, si bien hay que admitir que siguen manteniéndose causales de contenido culpabilístico o de cierto reproche o que incluso solamente legitiman para instar la separación a uno sólo de los cónyuges.

El apartado 4 del artículo 82 del Código Civil contempla, como causa de separación matrimonial, **«...las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia»**.

En el marco de las perturbaciones mentales se encuentra la esquizofrenia, a la que voy a dedicar mi atención como causal de separación en nuestro Derecho.

ASPECTOS MEDICO-LEGALES DE LA ESQUIZOFRENIA

Sería muy interesante poder dar una descripción o definición acertada de la esquizofrenia, que fuera válida para todos los supuestos y situaciones. Pero, por desgracia, esta perturbación mental hay que entenderla, sobre todo, en función de su sintomatología, para, posteriormente, encuadrarla como causal de separación matrimonial y en relación con el interés del cónyuge no enfermo o el de la familia, determinante de la suspensión de la convivencia, tal como expresa el apartado 4 del artículo 82 de nuestro Código Civil, citado con anterioridad.

La esquizofrenia es una enfermedad que se manifiesta por una profunda disociación, perdiendo el enfermo todo contacto vital con la realidad. El proceso mental tiene, con frecuencia, etapas que pueden dar la ilusión de mejoría, o bien ocultar completamente la enfermedad, la cual persiste de una manera latente.

Lo característico de los tipos esquizoides es, precisamente, la perpetua contradicción de su conducta, que escapa a toda previsión lógica y resulta, de hecho, psicológicamente incomprensible, a pesar de que quienes la padecen dan muestras de hallarse perfectamente orientados en el mundo que les rodea. El tipo esquizoide vive en nuestro mundo, pero no vive con nosotros, sino al lado nuestro, cual si fuese un misterioso habitante de algún lejano planeta que sólo se adoptase aparentemente a nuestros hábitos y sentimientos. Originalidad, caprichosidad, brusquedad y falta de coherencia externa constituyen el obligado acompañamiento de su conducta, capaz de sorprender y exasperar al más paciente, tal como he reseñado (1). Uno de los elementos esenciales de este tipo de personalidad es su introversión, es decir, su tendencia al «autismo», a la vida irreal subjetiva, imaginativa, completamente libre de la censura impuesta por los valores del ambiente.

Es la esquizofrenia una variedad de enfermedad mental que, en líneas generales, corresponde a lo que las gentes entienden como «loco», «enajenado», «demente» o con «pérdida de la razón». El radical común, según ha expresado VALLEJO NÁJERA (2), está en la falta de lógica, en la «incomprensibilidad» de su conducta.

(1) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *El análisis psicológico del testigo en el proceso penal*, Barcelona, 1991.

(2) VALLEJO NÁJERA, JUAN ANTONIO, *Guía práctica de psicología*, Madrid, 1991.

A finales del siglo XIX, KRAEPELIN dio a la enfermedad el nombre de «demencia precoz», pues aparece en edades tempranas (precoz) y lleva en muchos casos a un profundo deterioro intelectual (demencia). Posteriormente, BLEULER acuñó el término «esquizofrenia» con el que, en la actualidad, se conoce a esta enfermedad, que se sospecha engloba enfermedades distintas con aspecto común.

Para MANUEL GARCÍA BLÁZQUEZ (3), el estudio de la esquizofrenia en relación con el matrimonio debe sistematizarse del siguiente modo:

- a) Sintomatología esquizofrénica, de donde podrán deducirse las razones de la conflictividad matrimonial y, a veces, la imposibilidad de asumir las obligaciones propias del contrato matrimonial.
- b) Síndromes esquizofrénicos: Tienen interés para mejor valorar las repercusiones legales en el matrimonio, una vez encuadrado el caso en el grupo sindrómico procedente.
- c) Formas clínicas de la esquizofrenia.
- d) Factores de la esfera psíquica afectados en la esquizofrenia y su análisis para mejor valorar la capacidad matrimonial.
- e) Fases de la esquizofrenia.
- f) Evolución y pronóstico.
- g) Problemática médico-legal de la esquizofrenia en relación con el matrimonio.

Por lo que hace al primer apartado, síndromes esquizofrénicos, se han intentado delimitar los denominados «síntomas primarios», o síntomas «patognomónicos», cuya presencia sería determinante del diagnóstico. No hay unanimidad en su delimitación, pero la mayoría acepta, como fundamentales, los siguientes: Sonoridad del pensamiento —el enfermo «escucha» su pensamiento y cree que otros también lo oyen—; voces dialogadas —alucinaciones auditivas de personas que hablan entre sí—; voces que comentan la propia actividad —las alucinaciones auditivas hablan del enfermo—; vivencias de influencia corporal —el enfermo siente que manipulan en el interior o exterior de su cuerpo, que éste se modifica en tamaño, composición, etc.—; intervención del pensamiento —el enfermo cree que no le dejan pensar, o que le obligan a pensar en algo determinado o que cuentan lo que él piensa—; percepción delirante —atribución de significado absurdo a cualquier hecho u objeto—; sentimientos y acciones interferidos —le impiden o imponen actos o emociones—; conducta catatónica —alteraciones en el movimiento o posturas, negativismo, etc. o gravemente desorganizada—.

(3) GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL, *Aspectos médico-legales de la nulidad y separación matrimonial*, Granada, 1994.

Para VALLEJO NÁJERA (4), el núcleo psicopatológico de la esquizofrenia radica, fundamentalmente, en los trastornos del pensamiento, de la afectividad y de otros síntomas más subjetivos. Por lo que hace a las alteraciones de la personalidad, a veces son trastornos muy sutiles, especialmente al principio del proceso, por lo que pueden confundirse con fenómenos normales de lapsus, lagunas o falta de motivaciones. Es difícil que se produzca el consentimiento matrimonial, pero, cuando este proceso pasa desapercibido, se toma como válido aquél. En cuanto a las alteraciones de la afectividad —muy importantes en el tema que estoy tratando, pues suelen ser fuente de intensa conflictividad matrimonial, dando lugar a la separación posterior de los cónyuges—, es muy frecuente que el enfermo odie a quien debería amar y ame a los que, en teoría, debiera odiar.

Parece oportuno enumerar los tipos de esquizofrénicos o las formas clínicas en las que puede manifestarse esta enfermedad mental. Para ello, y en relación con los aspectos propiamente legales del tema, distinguimos los siguientes:

- a) Esquizofrénicos demenciales: Son los que presentan una escisión total del mundo real. Son los que, tradicionalmente, han sido denominados «locos». No pueden asumir las obligaciones matrimoniales, pues carecen de inteligencia para comprender, de conciencia para conocer y de voluntad para querer. No ofrecen interés para el tema tratado, ya que son incapaces de contraer matrimonio.
- b) Esquizofrénicos delirantes: Suelen tener asociado algún otro síntoma, si bien el núcleo verdadero es el delirio. Pueden prestar un consentimiento válido, siempre que no entre en juego el fruto de su delirio o la propia idea delirante. Dan lugar a alta conflictividad matrimonial, con relaciones conyugales malas, por lo que las demandas de separación por esta causa suelen ser frecuentes en nuestro país. Se les conoce también con el nombre de paranoides.
- c) Esquizofrénicos compensados: Su sintomatología no es aparatosa. Son capaces de asumir las obligaciones derivadas del matrimonio, por lo que no presentan una alta conflictividad matrimonial.
- d) Esquizofrénicos floridos: Al no poder asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, no ofrecen interés para nuestro estudio.

La problemática que presenta el esquizofrénico, en sede matrimonial, es muy amplia y compleja. Como expone MANUEL GARCÍA BLÁZQUEZ (5), aun-

(4) VALLEJO NÁJERA, JUAN ANTONIO, *Introducción a la psiquiatría*, Madrid, 1990.

(5) PÉREZ PINEDA Y GARCÍA BLÁZQUEZ, *Manual de medicina legal para profesionales del Derecho*, Granada, 1990.

que el consentimiento sea considerado válido por estar prestado en período lúcido o en una fase de aparente curación de la enfermedad, la posibilidad o no de asumir las obligaciones matrimoniales solamente puede establecerse a priori en formas avanzadas de esquizofrenia y en las evoluciones catatónicas y demenciales, o en aquéllas de curso crónico y estable donde no se producen períodos lúcidos. Lo habitual es que el esquizofrénico no pueda asumir sus obligaciones conyugales, al menos de modo reglado y permanente, si bien esporádicamente sea capaz de hacerlo. La práctica ha demostrado que hay casos de esquizofrenias que se detienen en la fase prodrómica, en la que no son apreciables otras alteraciones en el sujeto más que ciertas rarezas y extravagancias, siendo, por tanto, factible la convivencia matrimonial y la asunción de sus obligaciones. En este punto, hay que concluir en que el esquizofrénico, salvo excepciones que ya han sido citadas anteriormente, difícilmente permitirá una normal convivencia matrimonial y tampoco podrá asumir normalmente los deberes para con los hijos. Con independencia de que estén afectados o no los factores fundamentales de la capacidad psíquica, suele haber unas alteraciones de la esfera afectiva, anímica y conductual, entre otras, que suele originar frecuente conflictividad y, a veces, peligrosidad. De ahí que los psiquiatras recomienden estudiar al enfermo dentro del conjunto de circunstancias familiares y de su adaptación a la enfermedad.

En la actualidad, la Psiquiatría considera a la esquizofrenia como una forma de psicosis, entendiendo por tal, según la Organización Mundial de la Salud, **«el trastorno mental en el cual el menoscabo de la función mental ha alcanzado un grado tal que interfiere marcadamente la introspección y la capacidad para afrontar algunas demandas ordinarias de la vida o para mantener un adecuado contacto con la realidad».**

En el marco de esta definición, salta a la vista que la esquizofrenia es una enfermedad altamente incapacitante para que el individuo afectado por la misma afronte las cargas inherentes al matrimonio y, en definitiva, se constituye como una causa de separación matrimonial, ya que el interés de la familia se verá, lógicamente, afectado por esta enfermedad —perturbación mental, la llama el Código Civil— de un cónyuge.

El pensamiento esquizofrénico está escindido, es disociativo, disgregado e incoherente, por lo que fácilmente se torna incomprensible para el cónyuge no afectado por esta enfermedad. Pueden darse algunas o todas de estas características y, en función de la frecuencia e intensidad con que se produzcan, aparecerá una interpretación del pensamiento que nos resultará incomprensible, absurda, extraña e incoherente. Ya expresaba JUAN ANTONIO VALLEJO NÁJERA que el espectador —cónyuge e hijos, para el tema que me ocupa— no comprende las vivencias del esquizofrénico. Los trastornos del pensamiento se hacen expresivos en el lenguaje, oral o escrito, y en la expresión. El lenguaje suele ser fluido o entrecortado, con abundantes neologismos y pseu-

donologismos, sin pausas, llegando, a veces, a una verborrea duradera donde no existe gramaticalidad alguna, situándose las palabras sin orden ni concierto, rompiendo hasta los más elementales y naturales esquemas del lenguaje hablado. La captación del mundo exterior está falseada, el análisis crítico anulado y la interpretación vivencial equivocada, surgiendo así una auténtica escisión entre el mundo interior y el exterior, que sigue una dinámica ilógica, oscura e incomprensible (6).

Analizados los aspectos médico-legales de la esquizofrenia como causa de separación matrimonial, parece oportuno detenerse en una cuestión que, al hilo de todo lo expuesto, es de gran importancia, sobre todo en el contexto jurídico: Si los cónyuges están obligados, tal como preceptúa el Código Civil, a socorrerse y ayudarse mutuamente, ¿cómo se le posibilita al cónyuge no enfermo de esquizofrenia pedir la separación del esposo o esposa enfermo/a? ¿No se está incurriendo, en este supuesto, en una contradicción? Paso, por ello, a tratar esta cuestión que, sin duda, ha merecido también la atención de la doctrina jurídica patria.

LA ESQUIZOFRENIA COMO CAUSA DE SEPARACION MATRIMONIAL Y EL INTERES DE LA FAMILIA

Como ha quedado dicho, el apartado 4 del artículo 82 del Código Civil viene referido, en sede de perturbaciones mentales, a un defecto o enfermedad de uno de los cónyuges, si bien se hace radicar su entidad causal, no en el defecto o enfermedad en sí, sino en que esa situación exija la suspensión de la vida en común, de la vida de convivencia de los esposos, y siempre en función del interés del esposo no enfermo y/o de la familia. De ahí que habría que plantearse si, efectivamente, estamos aún en nuestro país admitiendo una causa de separación matrimonial por una supuesta culpabilidad de uno de los cónyuges. Ya VÍCTOR REINA afirmaba que, con independencia de otras razones, lo más grotesco de la situación es que la legislación conceda una importancia aparente a la separación basada en culpabilidades conyugales, propiciando así un enzarzamiento procesal, para que después eso no sirva prácticamente de nada, puesto que los efectos de la separación —hijos, economía—, que es lo que importa, han de establecerse por criterios objetivos y sin que en ellos tenga prácticamente incidencia esa culpabilidad conyugal que tanto dilata y emponzoña estos pleitos (7).

(6) VALLEJO NÁJERA, JUAN ANTONIO, *Guía práctica de psicología*, cit.

(7) REINA, VÍCTOR, *Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad*, Barcelona, 1984.

Otros autores han puesto de relieve la situación objetiva, con independencia de la culpabilidad de los cónyuges, pero entendiendo que ello no quiere decir que no tenga relieve la conducta imputable a uno solo de los cónyuges, concluyendo en que, por lo que hace a las causas de separación matrimonial, se revela la tendencia a sustituir la idea de sanción o pena por una determinada conducta reprochable —como pueda ser la perturbación mental que estoy analizando— por la idea de remediar esas situaciones que son perjudiciales tanto para el otro cónyuge —el cónyuge sano—, como para los hijos, en su caso (8). No se trata, por tanto, de indagar la culpabilidad de los cónyuges o de uno solo de ellos, sino de constatar el fracaso irremediable del matrimonio.

Cabe, en consecuencia, preguntarse, ¿qué sucede con el interés de la familia y con los deberes impuestos a los cónyuges por los artículos 67 y 68 del Código Civil? Estos preceptos, como quedó dicho anteriormente, establecen que el marido y la mujer deben ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Igualmente, están obligados a socorrerse mutuamente.

Como expresan MANUEL PONS GONZÁLEZ y MIGUEL ANGEL DEL ARCO TORRES (9), tradicionalmente, la separación se regulaba en los Ordenamientos Jurídicos como una sanción impuesta al cónyuge culpable por infracción de los deberes conyugales. Se entendía, en consecuencia, que, si la convivencia conyugal se había vuelto insostenible por motivos intrínsecos, era porque uno de los cónyuges había provocado dicha situación con actos antijurídicos y había que inculparle y sancionarle, apartándole del cónyuge «inocente» y de los hijos, en su caso, e imponiéndole las cargas derivadas de la sentencia y de la nueva situación creada por la misma. Sin embargo, la experiencia demostró que no era deseable encuadrar las transgresiones contra el orden jurídico-matrimonial en un determinado número de causas típicas de separación culpable, porque, de este modo, lo que se estaba haciendo, de una manera indirecta, era censurar, social y jurídicamente, a uno de los miembros de la pareja matrimonial y esa «tacha» era contraproducente, contribuyendo a aumentar la ya de por sí inestable situación del cónyuge considerado «culpable». El Código Civil español, antes de la Reforma del 81, establecía causas típicas y taxativas de separación basadas en la «culpa» de un esposo, estando legitimado para instarla solamente el cónyuge «inocente». Hoy día, con criterios dignos de elogio, se ha suavizado el régimen antecedente, pero no se ha llegado a eliminar por completo la distinción entre cónyuge «culpable» y cónyuge «inocente». Se mantienen, en efecto, causas «culpables» o culpabi-

(8) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, Barcelona, 1982.

(9) PONS GONZÁLEZ, MANUEL, y MIGUEL ANGEL DEL ARCO TORRES, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, Granada, 1985.

lísticas, si bien un sector de la doctrina jurisprudencial se mostraba muy cauto en este aspecto, afirmando que **«desaparecido de la Ley el concepto de cónyuge culpable y de cónyuge inocente, la actual redacción del Código Civil se orienta en el sentido de regular las consecuencias de la crisis matrimonial que da lugar a la separación o al divorcio con vocación de futuro, atendiendo a lo más beneficioso o, si se prefiere, lo menos malo para los hijos y los propios cónyuges, huyendo de reproches y castigos que conducen a consecuencias frecuentemente absurdas y negativas para los propios implicados, además de injustas por limitar el análisis de la ruptura de la convivencia a ciertos hechos externos reprochables»** (sentencia de 3 de enero de 1983).

Sin embargo, aún hay criterios culpabilísticos a la hora de determinar la legitimación procesal de un cónyuge. En efecto, cuando uno de los esposos está afectado de esquizofrenia, es el otro el legitimado para instar la separación por esa causa. Por tanto, no puede afirmarse que esta causa sea técnicamente objetiva y que pretenda constatar la ruptura de la vida en común de los casados o, en otras palabras, el fracaso del matrimonio. ENTRENA KLETT afirmaba que no resultaba correcto el término de «interés» empleado por el legislador, porque resulta muy elástico y materialista, siendo mejor el equivalente de «paz familiar», o quizá los de «seguridad» o «convivencia armónica», apuntando que no es afortunada la dicción del Código Civil al hablar de «interés del otro cónyuge», porque, cesado el amor hasta el grado de instarse la separación, el interés del otro cónyuge estriba precisamente en separarse del enfermo, con lo que se identifica la causa legal y el beneficio procurado por el particular, lo que constituye un grave error de técnica jurídica, siendo contradictorio con la obligación de socorrerse mutuamente que proclama el artículo 68 del mencionado corpus legal, concluyendo en que la interpretación de esta norma debería ser restrictiva (10).

Frente a esta opinión, otro sector doctrinal estima que, cuando la convivencia conyugal se ha tornado realmente difícil o intolerable, no se puede obligar al cónyuge sano a soportar esa convivencia en aras de los artículos 67 y 68 del Código Civil. La esquizofrenia es una enfermedad mental que lesiona, por sus síntomas —graves, en muchas ocasiones—, y trastornos, la paz familiar, entendida tal como ha propuesto ENTRENA KLETT. Este jurista se refiere también a que la Ley debería haber empleado los términos de «graveidad, irreversibilidad o peligrosidad», expresiones todas ellas que harían más aceptable y comprensible el precepto. Concluye este autor, afirmando que se ha producido una contradicción entre la laxitud del precepto y el artículo 68

(10) ENTRENA KLETT, CARLOS MARÍA, *Matrimonio, separación y divorcio*, Pamplona, 1990.

del Código Civil, que es norma de carácter preferente, tal como ha quedado mencionado con anterioridad.

Habría que seguir matizando, no obstante, y profundizando un poco más en estas ideas. Conviene resaltar que el marco legal exigido para poder instar la separación matrimonial por esta vía de la enfermedad mental llamada esquizofrenia consiste, esencialmente, en que la situación, dentro del entorno familiar, se vuelva insostenible, opresiva, porque estén en juego los intereses del cónyuge sano y de los hijos, si los hubiere. Ya ROMERO COLOMA apuntaba que había que apreciar la situación insostenible en que puede encontrarse un cónyuge cuando el otro está alterado de una forma tan grave. Algunos esquizofrénicos manifiestan ideas delirantes, es decir, falsas, e incomprensibles, irrefutables y no dependientes de otros síntomas o vivencias. Este tipo de ideas suele producir una convivencia familiar difícil y desarraigada. En la vida matrimonial, en la convivencia y asunción de obligaciones, tanto para con el otro esposo, como para con los hijos, las ideas delirantes desempeñan un papel nada despreciable, dando lugar a una frecuente conflictividad penal, civil, administrativa y social, extendiéndose la misma al ámbito familiar (11). Según LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI (12), es evidente que la disposición humanitaria, más solidaria con el enfermo, contenida en la Ley de Divorcio de 1932, hubiera debido acogerse en nuestro actual Ordenamiento Jurídico. Pero, al no haberse incorporado esta norma, hay que pensar que sólo en aquellos casos en que la esquizofrenia tenga unas características tan acusadas y graves que impidan la normal convivencia familiar, se podrá accionar esta causa de separación, y, además, todo ello siempre que el interés del otro cónyuge —el mentalmente sano— o de la familia así lo exija, lo cual, naturalmente, será un elemento que hay que probar, no bastando las meras alegaciones sin justificación evidente. Fuera de estos supuestos, la doctrina, con LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI a la cabeza, advierte que la obligación del cónyuge mentalmente sano es la de seguir atendiendo al cónyuge enfermo, bien teniéndole en su compañía o, en otro caso, cuando salga del sanatorio y, en todos los supuestos, sufragando los gastos que ocasione por el deber de alimentos que se deben los cónyuges entre sí.

A este respecto, es interesante reseñar una sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, de 30 de junio de 1986, que expresa que la demandada padecía una psicosis esquizofrénica de tipo paranoide, con ideas delirantes que se acompañaban de destrucción de su personalidad y en los brotes de esa enfermedad aparecían también trastornos de conducta, con comportamiento ero-

(11) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «La esquizofrenia como causa de separación», en *Actualidad y Derecho*, núm. 3, 1995.

(12) LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, *La Ley del divorcio. Experiencias en su aplicación*, Madrid, 1982.

tomanfaco, siendo, al parecer del médico informante, imposible que la enferma pudiera mantener unas relaciones normales de convivencia matrimonial.

En el contenido de esta sentencia, vuelve a surgir la idea de conflictividad conyugal —convivencial— que, por lo general, distingue a la esquizofrenia y que torna intolerable, imposible e insoportable las relaciones conyugales, incluso de cara a los hijos. Sin embargo, es curioso constatar que, en otras sentencias aparece, con relativa frecuencia, una idea opuesta. Así, la dictada por la Audiencia Territorial de Cáceres de 12 de noviembre de 1986, declaró que **«la esposa demandada padece una esquizofrenia simple que ha motivado reacciones violentas frente a su esposo y a extraños, y que ha aconsejado su frecuente ingreso en establecimientos psiquiátricos, pero que si dicha enfermedad mental hubiese sido tratada adecuadamente, cuidando el esposo de ello, en vez de con su conducta auspicar y provocar lo opuesto, los resultados en beneficio de la propia enferma hubieran sido muy otros, siendo de señalar el parecer de los facultativos informantes y del propio hijo del matrimonio, acerca de que la suspensión de la vida en común no beneficia en nada, sino al contrario, a la misma enferma y a su propia familia».**

A pesar de las ideas que denota esta sentencia, en orden al mantenimiento de la vida en común de los casados, con el objetivo loable, sin duda, de velar por los intereses del cónyuge enfermo y por su rápida recuperación, siempre dentro del entorno familiar, que ha de ser cariñoso, protector y cálido, hay que tener en cuenta que no en todos los supuestos —que son muy variados— es factible mantener estos criterios. En este sentido, es muy elocuente la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Burgos, de 27 de mayo de 1985, que expresó lo siguiente: **«La causa legal de separación del número 4 del artículo 82 del Código Civil exige no sólo que uno de los cónyuges sufra perturbaciones mentales, sino, además, que el interés del otro cónyuge o de la familia exijan la suspensión de la vida en común y, si bien es de prueba difícil este extremo, es de fácil comprensión que cuando el cónyuge no afectado por tales perturbaciones toma la decisión de solicitar la separación conyugal, es demostrativo que la convivencia entre los mismos es insostenible y surge, por ello, un interés, al menos de la familia, en que se suspenda dicha convivencia para lograr la armonía y tranquilidad y normalidad en su quehacer ordinario, que de otra forma no podía alcanzarse, y demostrada la existencia de las perturbaciones mentales en la esposa demandada, la alteración en la normalidad familiar, producida por tales perturbaciones, e incapacidad del esposo para mantener y ayudar a su mujer, con grave quebranto en la estabilidad de la vida de los hijos habidos en el matrimonio...»**

En los supuestos menos graves o, en otras palabras, en las formas menores de esquizofrenia, es decir, en aquellos trastornos en los que la alteración de

la personalidad no alcanza unos grados elevados, puede ser muy conveniente, para el cónyuge enfermo, el mantenimiento de la vida conyugal. Esto es, básicamente, lo que viene a expresar la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de diciembre de 1989, afirmando que **«es cierto que determinadas dolencias de tipo psíquico, por afectar de forma directa a la personalidad de quien las sufre, pudiendo llegar, incluso, a su destrucción, hacen imposible una convivencia matrimonial. Sin embargo..., la convivencia puede hacerse incluso necesaria para superar la enfermedad...»**

Es evidente que a ningún cónyuge se le puede forzar a convivir con un enfermo esquizofrénico, porque, en todo caso, no se trata de que la norma venga a imponer determinadas obligaciones casi «heroicas», sino de buscar, en cada supuesto, armonizar los intereses del cónyuge enfermo con los del mentalmente sano y de los hijos, si los hubiere. Si nos quedáramos únicamente con la idea de la solidaridad hacia el esposo enfermo de esquizofrenia, estaríamos olvidando y relegando al cónyuge sano y a los hijos, los cuales también están, indudablemente, necesitados de protección y de que se vele por sus legítimos intereses. Muchas veces, por desgracia, la convivencia matrimonial se vuelve insostenible por el comportamiento del esposo esquizofrénico. Los hijos —amén del esposo sano— son los que más sufren en su carne esa alta conflictividad matrimonial, tornándose, por ello, el ambiente familiar irrespirable. En estas condiciones, es indudable que será el interés del otro cónyuge y el de los hijos el más necesitado de protección, por lo que instar la separación por esta causa está perfectamente justificado. La Ley de 2 de marzo del 32, que incluía como causa de divorcio —no se nombraba la separación— **«la enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente»**, preceptuaba que **«no podrá decretarse el divorcio por esta causa si no queda asegurada la asistencia del enfermo»**. Esa normativa se configuraba atendiendo, más que la actual, a garantizar la protección del que padece la enfermedad mental. Desde ese punto de vista, era más solidaria con los intereses y, sobre todo, con el sufrimiento del cónyuge enfermo. Según ETELVINA VALLADARES (13), y con referencia a la problemática actual, se va imponiendo cada vez más la idea de que, en caso de necesidad, la asistencia a los enfermos de cualquier tipo debe quedar garantizada por el Estado, tal como impone el artículo 41 de nuestra Constitución, sin que pueda imponerse al cónyuge sano o a la familia la carga

(13) VALLADARES, ETELVINA, *Nulidad, separación y divorcio, comentarios a la Ley de reforma matrimonial*, Madrid, 1982.

que dicha asistencia supone, sobre todo cuando debe ser realizada personalmente, por carecerse de medios económicos suficientes para internarles en instituciones adecuadas. Por su parte, LÓPEZ-MUNIZ GOÑI insiste en que, si se facilita la separación de los cónyuges por el hecho de la perturbación mental y no se atiende a los mismos en Centros Asistenciales adecuados, el abandono que pueden sufrir va a resultar realmente angustioso (14).

Hoy día, la realidad, en nuestro país, es que se están instando muchas demandas de separación matrimonial por causa de esquizofrenia y que son perfectamente admisibles, dándoseles el curso correspondiente y abriendo, así, la posibilidad de que los intereses del cónyuge sano y/o el de los hijos queden incólumes. Lo ideal sería que también y en igual medida quedaran protegidos los intereses del enfermo esquizofrénico. Ello no siempre es posible, debido, fundamentalmente, a las carencias y a la falta de disponibilidad de medios para atender sus necesidades médico-psiquiátricas. Desgraciadamente, ello no es una realidad aún en nuestro país. Es de desear que algún día se logre y, de esta manera, queden perfectamente armonizados unos y otros intereses. No hay que olvidar que el enfermo esquizofrénico es la parte más débil en estas situaciones, uniéndose, a veces, el dolor por su propia enfermedad al sufrimiento de contemplar cómo su esposo/a solicita la separación matrimonial precisamente fundándose en su trastorno mental.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

(14) LÓPEZ-MUNIZ GOÑI, *La Ley del divorcio*, cit.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Unión Europea

1. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Su texto completo puede verse en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, número 54, del mes de diciembre de 1999, páginas 3321 y siguientes.

2. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. Se incluye su texto en el Boletín citado del Colegio de Registradores, número 55, enero de 2000, páginas 381 a 390.

B) Leyes nacionales

— Ley 38/1999, de 5 de noviembre de 1999. Ordenación de la edificación.

— Ley 39/1999, de 5 de noviembre de 1999. Promueve la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

— Ley 40/1999, de 5 de noviembre de 1999. Nombre y apellidos y orden de los mismos.

— Ley 41/1999, de 12 de noviembre de 1999. Sistemas de pagos y de liquidación de valores.

— Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de 1999. Protección de datos de carácter personal.

— Ley 46/1999, de 13 de diciembre de 1999. Modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto de 1985, de aguas.

— Ley 47/1999, de 16 de diciembre de 1999. Modifica el artículo 5 de la Ley 25/1971, de 19-6-71, de protección a las familias numerosas.

— Ley 52/1999, de 28 de diciembre de 1999. Reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia.

— Ley 53/1999, de 28 de diciembre de 1999. Modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas.

— Ley 54/1999, de 29 de diciembre de 1999. Presupuestos Generales del Estado para el año 2000.

— Ley 55/1999, de 29 de diciembre de 1999. Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

C) Disposiciones autonómicas

Andalucía.—Ley de 27 de octubre. Espacio natural de Doñana.

— Ley de 15 de diciembre. Turismo.

— Ley de 16 de diciembre. Cajas de Ahorro de Andalucía.

País Vasco.—Ley de 16 de noviembre. Modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa.

II. Información de actividades

1. Premio «Jerónimo González» para tesis doctorales

El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España convoca el Premio «**Jerónimo González**» para fomentar la investigación jurídica en el campo del Derecho Registral a través de las tesis doctorales realizadas sobre estas materias.

Dicho premio se concederá con arreglo a las siguientes bases:

Primera.—Podrán aspirar al mismo los autores de tesis doctorales que hayan sido defendidas o aprobadas en cualquier Universidad española, pública o privada, en el período de tiempo que va desde el 1 de febrero de 2000 al 31 de octubre de 2001.

Segunda.—Dichos trabajos de tesis, a través de los cuales se haya obtenido el título de Doctor en Derecho, deberán estudiar temas relativos al Registro de la Propiedad o Registro Mercantil, o que tengan directa relación con ellos, y deberán ser inéditos.

Las referidas tesis habrán de estar redactadas en algunas de las lenguas oficiales de España.

Tercera.—El premio estará dotado con la cantidad de **DOS MILLONES DE PESETAS**.

Podrá ser declarado desierto por la Comisión que juzgue los trabajos. En tal caso, podrán concederse uno o dos accésits de **UN MILLON DE PESETAS** cada uno.

Cuarta.—Los solicitantes habrán de presentar sus trabajos por triplicado, en forma anónima, señalándolos con un lema y acompañando una plica cerra-

da en la que conste el nombre, apellidos y domicilio del autor, así como la fecha de aprobación como tesis doctoral y la Universidad en que fue defendida.

Dichos trabajos habrán de presentarse en el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, calle de Príncipe de Vergara, 72, 1.ª planta, 28006 MADRID, antes de las 14 horas del día 30 de noviembre del año 2001.

Quinta.—El premio será discernido por una comisión integrada por los siguientes miembros: El Decano del Colegio de Registradores, que actuará como Presidente; el Director del Centro de Estudios Registrales, que hará las funciones de Secretario; el Director del Seminario de Derecho Registral «Jerónimo González»; el Presidente del Consejo de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; un Catedrático de Derecho Civil o Mercantil, que será elegido por la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores.

Sexta.—El fallo de la comisión será inapelable y el hecho de participar en el presente concurso implica la total aceptación y conformidad con las bases del mismo.

Séptima.—La concesión del premio y la designación del autor premiado, o de los accésits otorgados en su caso, serán dados a conocer en sesión pública que se celebrará en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles el día 8 de febrero del año 2002.

Octava.—El trabajo premiado u objeto de accésit será publicado por el Colegio de Registradores.

Novena.—Una vez presentado un trabajo no podrá ser retirado. Los trabajos no premiados quedarán a disposición de sus respectivos autores.

Madrid, 28 de enero de 2000

2. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

a) *Mesa redonda sobre «Conciencia contra Ley: Las objeciones de conciencia».* Se celebró el día 13 de enero bajo la moderación del Académico de Número, Excmo. señor don RAFAEL NAVARRO VALLS, Catedrático de la Universidad Complutense, y fueron ponentes los siguientes:

- Ilmo. señor don JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, Catedrático de la Universidad de Granada y Académico Correspondiente.
- Ilma. señora doña MARÍA JOSÉ ROCA FERNÁNDEZ, Catedrática de la Universidad de Vigo y Académica Correspondiente.
- Ilmo. señor don MIGUEL ANGEL JUSDADO RUIZ-CAPILLA, Profesor Titular de la Universidad Complutense y Académico Correspondiente.

- Ilma. señora doña IRENE MARÍA BRIONES MARTÍNEZ, Profesora Titular de la Universidad Complutense y Académica Correspondiente.

b) *Conferencias*. Se han pronunciado las siguientes:

- El día 20 de enero, por don NICOLÁS ESCORIAZA CEBALLOS, sobre «El valor permanente e indestructible de la familia».
- El día 27 de enero, por don JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO, sobre «Libertad de testar o sistema de legítimas, hoy».
- Y el día 3 de febrero, por don ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, sobre «La atribución de efectos favorables al concebido».

3. Universidad Jaime I de Castellón de la Plana

Del 2 de diciembre al 16 de febrero se ha desarrollado un «Curso superior sobre propiedad urbana», en su primer módulo dedicado a las hipotecas, desde su constitución hasta su extinción. Han sido coordinadores don ANGEL T. NEBOT APARICI, Registrador de la Propiedad, y don JUAN MANUEL BADENAS CARPIO, Profesor Titular de Derecho Civil.

Las ponencias desarrolladas han sido las siguientes:

- Conferencia inaugural: «Experiencias hipotecarias de un juez», por el Excmo. señor don JESÚS MARINA MARTÍNEZ PARDO, Magistrado del Tribunal Supremo.
- «La hipoteca, instrumento del crédito territorial», por el Excmo. señor don ANGEL NEBOT APARICI, Registrador de la Propiedad.
- «Ubicación de la hipoteca en nuestro sistema jurídico», por el Doctor don JUAN MANUEL BADENAS CARPIO, Profesor Titular de Derecho Civil.
- «La constitución de la hipoteca. La hipoteca unilateral», por el Ilmo. señor don ANGEL NEBOT APARICI, Registrador de la Propiedad.
- «Extensión de la hipoteca respecto a la finca y el crédito», por el Ilmo. señor don SANTIAGO LAFARGA MORELL, Registrador de la Propiedad.
- «Compraventa de fincas hipotecadas. Aspectos sustantivos y fiscales», por el Ilmo. señor don JOAQUÍN BEUNZA, Registrador de la Propiedad.
- «La función del notario en el otorgamiento de la hipoteca», por el Ilmo. señor don LUIS FERNÁNDEZ SANTANA, Notario.
- «La celebración del contrato de hipoteca: las condiciones generales de la contratación», por el Doctor don JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, Profesor Titular de Derecho Civil.
- «Obligaciones garantizables con hipoteca», por el Ilmo. señor LUIS FERNÁNDEZ SANTANA, Notario.
- «Nuevas formas de garantía de las obligaciones», por la Doctora doña CARMEN BOLDÓ RODA, Profesora Titular de Derecho Mercantil.

- «Hipoteca sobre varias fincas. Problemas de cotitularidad», por el Ilmo. señor don JOAQUÍN BEUNZA, Registrador de la Propiedad.
- «Hipoteca de tráfico e hipoteca de seguridad», por el Doctor don JUAN MANUEL BADENAS CARPIO, Profesor Titular de Derecho Civil.
- «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», por el Ilmo. señor don F. PEDRO MÉNDEZ GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad.
- «Supuestos especiales: la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas», por el Doctor don JUAN MANUEL BADENAS CARPIO, Profesor Titular de Derecho Civil.
- «Extinción de las hipotecas. Su cancelación registral», por el Ilmo. señor don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad. Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
- «Hipotecas legales. Preferencia», por el Ilmo. señor don ANGEL NEBOT APARICI, Registrador de la Propiedad.
- «Ejecución de las hipotecas: procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH», por el Ilmo. señor don JUAN M. DÍAZ FRAILE, Letrado de la DGRN.

La última ponencia corrió a cargo de don JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad jubilado y Magistrado del Tribunal Supremo, que disertó sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en las hipotecas.

4. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia

El día 20 de febrero pasado se celebró sesión para dar posesión al nuevo Académico Numerario, nuestro compañero el Registrador de la Propiedad de Sevilla, número 3, don SEVERIANO MONTERO GONZÁLEZ, quien leyó su discurso sobre «El Derecho Urbanístico español y la seguridad del tráfico». Le contestó don IGNACIO CASADO DE CEPEDA. Felicitamos al nuevo Académico.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 17 de enero de 2000.—DERECHO EXTRANJERO.—Se vulnera el derecho a la tutela judicial cuando no se accede a la prueba del Derecho extranjero aplicable, lo que le veda utilizar los medios de prueba pertinentes.—Sala 1.^a—Ponente: Sra. Casas Baamonde.

Hechos.—a) La señora Charlouian, de nacionalidad armenia, y residente en Bilbao, presentó demanda de separación matrimonial ante el Juzgado de Primera Instancia (y de Familia) número 6 de Bilbao contra su esposo, también de nacionalidad armenia, residente en Bilbao, y declarado posteriormente en rebeldía, solicitando el beneficio de justicia gratuita. En dicha demanda, la ahora recurrente de amparo señaló las dificultades para aportar y acreditar la legislación civil armenia, aplicable al caso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107, en relación con el artículo 9.2, ambos del Código Civil, interesando del Juzgado, ante la dificultad de acreditar la Ley nacional común de los cónyuges, y de conformidad con el «mandato» del artículo 24.1 CE que de no ser posible esa acreditación, se aplicase la legislación española.

Recibido a prueba el pleito, la señora Charlouian solicitó del Juzgado la admisión y práctica de la documental consistente en la unión definitiva a los autos de los documentos que acompañaban a la demanda de separación, así como la del testimonio de las practicadas en la pieza separada de medidas provisionales, a lo que se accedió por providencia de 8 de septiembre de 1994. En escrito de ampliación de prueba, la ahora recurrente en amparo interesó la procedencia de la admisión y práctica de las nuevas pruebas, entre las que se contaba la documental consistente en la aportación de un ejemplar del Código Civil de la URSS de 1987, por aquel entonces vigente en la República de Armenia, y la traducción simple al español de su sección dedicada al Código de Familia, en concreto la relativa a la «Disolución del matrimonio», al no existir, como se indicaba por la actora civil en su escrito, intérprete jurado de ruso en Bilbao. Esta prueba también fue admitida y declarada pertinente mediante providencia del Juzgado de 20 de septiembre de 1994. Por sendas actas de 3 de octubre de 1994, se procedió a la designación de intérprete y la aceptación de su cargo.

b) Concluido el periodo de prueba (en el que además de la documental indicada, se practicó la testifical solicitada por la demandante), se declaró visto para sentencia la causa mediante providencia de 4 de octubre de 1994.

Dicha sentencia se dictó el 29 de julio de 1995, desestimando la demanda de separación con base en el siguiente razonamiento: «Siendo aplicable al matrimonio litigante... la legislación armenia... incumbe a la actora la prueba del derecho extranjero aplicable, tanto de su contenido como de su vigencia, extremos que no cabe considerar debidamente acreditados mediante la aportación a estos autos del Código Civil ruso y de una traducción del mismo, en relación a las cuestiones de interés en este procedimiento, pues la traducción, ni siquiera aparece firmada, amén de no acreditarse, en forma alguna, el ámbito territorial de aplicación del indicado Código». Abundaba el Juez de Primera Instancia en sus razones, señalando que dicha traducción se refería a las causas de divorcio y no de separación matrimonial, cuando eran estas últimas las invocadas por la actora civil en su demanda, y que, en consecuencia, tampoco han resultado acreditadas, sin que puedan aplicarse las del divorcio, so pena de incurrir en incongruencia.

c) Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la señora Charlouian. Mediante escrito de 26 de diciembre de 1995, se solicitó a la Audiencia por la apelante el recibimiento del pleito a prueba, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 862 LEC con el objeto de poder acreditar el Derecho civil extranjero aplicable, al haber considerado el Juez de Primera Instancia insuficiente su prueba. A tal fin, la apelante interesó de la Audiencia Provincial que librase el oportuno oficio al Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Armenia, para que remitiese la traducción del Código de Justicia para los Ciudadanos de la URSS de 1987, libro III, capítulo XXVI, y que certificase, a un tiempo, si dicho Código estaba en vigor en la República de Armenia, y de no ser así, que se remitiese la regulación del matrimonio y las causas de separación y divorcio del mismo vigentes en dicha República.

El recibimiento a prueba fue admitido mediante Auto de 8 de enero de 1996, dada la pertinencia de la solicitada, acordándose en él mismo Auto la elevación por conducto del Excmo. señor Presidente de la Audiencia Provincial de Vizcaya de la petición de cooperación jurídica internacional al Ministerio de Justicia, a fin de que hiciese llegar al Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Armenia la petición, interesando certificación de la normativa civil vigente en la actualidad, relativa al matrimonio y a las causas, medidas y efectos de la separación y/o divorcio, traducidas al castellano. Lo que así se efectuó mediante oficio de 9 de enero de 1996, interesando la indicada comisión rogatoria, dando noticia de su realización el escrito de 30 de enero de 1996, remitido a la Audiencia Provincial por la Subdirectora general de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

d) Por escrito de 11 de abril de 1996, la mencionada Subdirectora remitió a la Audiencia Provincial la documentación interesada, advirtiéndole que se enviaba en ruso, al ser imposible su traducción en ese Departamento, no obstante, poder hacerla la Audiencia Provincial con cargo a los presupuestos de la Gerencia Territorial. Así se acordó por la Audiencia Provincial, remitiendo el texto al servicio de traducción e interpretación ERCISA, mediante providencia de 14 de mayo de 1996. Lo que tuvo lugar el 21 de mayo de 1996, fecha del escrito remitido por ERCISA, al que se adjuntó la traducción al español de la documentación en cuestión, resultando ser relativa a varios Registros públicos en los que debían inscribirse determinados actos y situaciones jurídicas relativos al Derecho de la persona y de familia. Mediante diligencia de ordenación del Secretario de la Audiencia Provincial, de fecha 24

de mayo de 1996, se declaró concluso el período de prueba, uniéndose la practicada a los autos de apelación.

Por nuevo escrito de 3 de junio de 1996, la apelante, a la vista de que no se había practicado adecuadamente la prueba solicitada «por imposibilidad material», suplicó la suspensión del señalamiento de vista hasta no se hubiera cumplimentado dicha prueba. Así se acordó mediante providencia de 3 de julio de 1996, oficiándose nueva comisión rogatoria el 4 de julio de 1996, solicitando la remisión de la legislación sustantiva relativa a causas de separación y divorcio o nulidad y demás efectos derivados al contener únicamente la documentación ya remitida por el Ministerio de Justicia la confirmación del Código Civil vigente en la República de Armenia.

Por diligencia de constancia del Secretario de la Audiencia Provincial de 21 de febrero de 1997, se hizo constar que la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional manifestó que la mentada comisión rogatoria había sido extraviada, dictándose seguidamente providencia de la misma fecha, acordando su reproducción, pero, habida cuenta del tiempo transcurrido, dicha providencia ordenaba también dejar el rollo de apelación pendiente de señalamiento (no consta que se haya recibido devuelta en momento posterior alguno la comisión rogatoria oficiada).

e) Por providencia de 3 de abril de 1997, se acordó traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia, señalando la vista para el siguiente 20 de mayo de 1997. Dicha vista tuvo lugar en la fecha señalada, quedando constancia en su diligencia que la apelante solicitó la suspensión de la misma en tanto no se recibiese la comisión rogatoria oficiada, pues resultaba imprescindible para fundar sus pretensiones. Por su parte, el Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la sentencia de instancia.

La sentencia se dictó el 2 de junio de 1997, desestimando la apelación y confirmando la sentencia de instancia con imposición de las costas. La Audiencia Provincial argumentó en su resolución desestimatoria que la petición de suspensión de la vista formulada por la apelante, «por no haberse practicado la prueba por dicha parte solicitada», no podía ser acogida al haber precluido el período de prueba en segunda instancia «y con creces». Añadía a renglón seguido la sentencia que: «Esta Sala ha realizado un esfuerzo para que se cumplimentase dicha prueba. El presente procedimiento se remitió a esta Sala el 27 de octubre de 1995 y se han puesto por esta Sala todos los medios pertinentes para su realización y a pesar de ello no ha sido posible la realización de dicha prueba. En consecuencia, procede confirmar por sus propios y accertados fundamentos jurídicos la sentencia de instancia, al desconocer esta sala las normas del derecho extranjero aplicable».

La recurrente de amparo, señora Charlouian, impugna en su demanda de amparo la sentencia de la Audiencia Provincial, invocando su derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE). Razona la demandante de amparo que la prueba del Derecho extranjero mediante la pertinente comisión rogatoria había sido admitida a trámite en segunda instancia, no se había fijado ningún plazo para su práctica y el retraso de la misma fue debido a causas que no le eran imputables. Por otra parte, la práctica de esa prueba resultaba del todo fundamental para sostener sus pretensiones, sigue diciendo la recurrente, pues se trataba con ella de acreditar el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto (con arreglo a lo dispuesto en el art. 107 del Código Civil). La sentencia de apelación habría infringido su derecho al proceso al hacer una aplicación de la normativa civil aplicable al

caso (art. 12.6 del Código Civil) contraria al sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental invocado.

Por providencia de 2 de abril de 1997, la Sección Segunda del Tribunal Constitucional acordó a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.3 LOTC, conceder un plazo común al Ministerio Fiscal y a la recurrente en amparo para que alegasen lo pertinente acerca de la existencia del motivo de inadmisión de la presente demanda de amparo, contemplado en el artículo 50.1.c) LOTC, por carecer la misma manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre su fondo por parte de este Tribunal.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

1.º Reconocer el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE).

2.º Declarar la nulidad de la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 2 de junio de 1997, recaída en autos del rollo de apelación número 206/95.

3.º Restablecer a doña Gaiane Charlouian en la integridad de sus derechos y para ello retrotraer las citadas actuaciones judiciales seguidas ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya al momento inmediatamente anterior a la providencia de 21 de febrero de 1997, para que se proceda a la práctica de la prueba del Derecho extranjero aplicable al caso.

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo tiene por objeto la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 2 de junio de 1997, por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por la ahora demandante de amparo, señora Charlouian, contra la del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Bilbao, de 29 de junio de 1995, en los autos iniciados por la demanda de separación matrimonial promovida por aquella contra su marido, ambos de nacionalidad armenia. En ambas ocasiones, tanto la sentencia de instancia como la de apelación desestimaron la demanda de separación matrimonial, argumentando que la señora Charlouian no había acreditado adecuadamente el Derecho extranjero aplicable al caso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12.6 del Código Civil (en relación con lo establecido por los arts. 9.2 *in fine* y 107.1, ambos también del Código Civil).

La recurrente en amparo denuncia en su demanda que ambas resoluciones judiciales, en particular la sentencia de la Audiencia Provincial, que es contra la que en rigor se dirigen sus reproches, han lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), ya que han desestimado sus pretensiones sin entrar en el fondo del asunto como consecuencia de la frustración, sólo imputable a los órganos judiciales, de la correcta práctica de la prueba del Derecho armenio, aplicable al caso, dado que ambos esposos eran de nacionalidad armenia. Por su parte, el Ministerio Fiscal coincide con la recurrente en considerar las resoluciones judiciales mencionadas, por las mismas razones antedichas, lesivas de las garantías del artículo 24 CE, interesando de este Tribunal la estimación del amparo solicitado.

Una vez expuestos los términos en los que se ha planteado el presente recurso, conviene precisar el objeto de nuestro pronunciamiento, ya que las circuns-

tancias en las que hubo de practicarse la prueba del Derecho extranjero y sus resultados fueron distintos en ambas instancias judiciales. En efecto, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Bilbao, tras declarar pertinente y admitir la prueba del Derecho extranjero, que fue practicada por la actora civil y demandante en este amparo mediante la documental consistente en la aportación de un ejemplar del Código Civil de la URSS de 1987 (vigente para la República de Armenia, según declaró la señora Charlouian, lo que resultó luego confirmado con ocasión de la primera de las comisiones rogatorias a las que se alude en los antecedentes de esta sentencia) y una traducción simple de su Sección dedicada a las causas de divorcio, desestimó la demanda de separación al no considerar suficientemente acreditado dicho Derecho extranjero aplicable como consecuencia de la falta de fiabilidad de la traducción privada del mismo. La Audiencia Provincial, en cambio, actuó de diferente modo, siendo precisamente su forma de proceder la que habría causado la lesión de los derechos fundamentales invocados por la señora Charlouian.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya también declaró pertinente y admitió la prueba del Derecho extranjero que la apelante, y demandante en el presente amparo, había interesado conforme lo dispuesto en el artículo 862 LEC. En esa ocasión, y habida cuenta de lo ocurrido en la instancia y las especiales circunstancias del caso, la señora Charlouian interesó de la Audiencia Provincial su colaboración para la correcta práctica de dicha prueba, lo que tuvo lugar oficiando el órgano judicial una primera comisión rogatoria al Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Armenia, por medio del pertinente conducto oficial de la Subdirección General de Cooperación Judicial Internacional del Ministerio de Justicia, que fue devuelta con la copia autenticada de una Sección del Derecho armenio de familia, que resultó, una vez traducida, no ser la solicitada, el cual, por otra parte, ya estaba a disposición de la Audiencia Provincial al haberse aportado por la actora civil en primera instancia un ejemplar del Código de Justicia para los ciudadanos de la URSS de 1987. No obstante, con la recepción de dicha comisión rogatoria se confirmó la vigencia y aplicabilidad en la República de Armenia de dicho Código, restando únicamente la traducción al español de la Sección pertinente aplicable al caso. Con ese propósito y a petición una vez más de la demandante, se ofició por la Audiencia Provincial una segunda comisión rogatoria con el objeto de subsanar aquel error, comisión rogatoria que se extravió, reiterándose por la Audiencia Provincial su práctica. Sin embargo, la Audiencia Provincial no esperó a que se cumplimentase debidamente dicho trámite y dictó sentencia, desestimando la pretensión de la señora Charlouian por no haber acreditado el Derecho extranjero aplicable al caso, tal y como establece el artículo 12.6 del Código Civil (en relación con los arts. 9.2 y 107.1, ambos del Código Civil).

Así pues, se trata de examinar, en suma, si la decisión de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya de dar por concluso el procedimiento y dictar sentencia desestimatoria de la apelación, confirmando la desestimación de la demanda de separación resuelta en primera instancia, sin esperar al resultado de la segunda comisión rogatoria oficiada ha vulnerado, como sostiene la recurrente en amparo, su derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE).

2. Como ya ha dicho en diversas ocasiones este Tribunal, la conexión entre los dos apartados del artículo 24 CE es estrecha, pues ambos apartados

reconocen a los ciudadanos derechos del más alto rango, tanto en su acceso a los órganos judiciales como en el transcurso de los procesos seguidos ante ellos con el propósito de asegurarles una efectiva tutela judicial en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 46/1982, de 12 de julio, fundamento jurídico 2.º; 324/1994, de 1 de diciembre, fundamento jurídico 2.º). El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude ante ellos para la defensa de sus intereses. Cabe, en consecuencia, constatar la vulneración de este derecho fundamental cuando se priva a su titular del acceso a la jurisdicción; cuando, personado ante ella, no obtiene respuesta; cuando, obteniendo respuesta, ésta carece de fundamento jurídico o dicho fundamento resulta arbitrario; o cuando, obteniendo respuesta jurídicamente fundamentada, el fallo judicial no se cumple (por todas, SSTC 324/1994, fundamento jurídico 2.º; y 24/1999, de 8 de marzo, fundamento jurídico 3.º, y las allí citadas).

En ocasiones, la respuesta del órgano judicial, aunque fundada en Derecho y formalmente motivada, puede resultar viciada de raíz al resultar arbitraria por responder al mero voluntarismo del órgano judicial, actuando sin razón ni fundamento jurídico alguno (STC 160/1997, de 2 de octubre, fundamento jurídico 7.º). Tal efecto puede tener lugar cuando la actuación del órgano judicial (o su pasividad, según los casos) es la que provoca, precisamente, una efectiva denegación de justicia, al adoptar una decisión apoyada aparentemente en las Leyes procesales que rigen su proceder, pero que carece de toda razonabilidad o responde a la discrecional voluntad del órgano judicial, quien emplea la norma jurídica como pretexto para zanjar una cuestión litigiosa según su exclusivo criterio, que no por más formalmente razonada que esté, dejaría de ser contraria a las garantías del artículo 24.1 y 2 CE, al soslayar, cuando menos, su obligación como poder público de tutelar los derechos fundamentales de quienes se ven involucrados en su proceder jurisdiccional. Este podría ser el caso de aquella situación en la que es el propio órgano judicial quien con su actitud frustra la práctica de determinada prueba de parte, que previamente ha declarado pertinente (accediendo, además, a colaborar en su consecución), con la consecuencia de impedir que quien la propuso, y solicitó su colaboración en su práctica, quede privado de un medio de prueba pertinente para su defensa, y provocando con ello la desestimación de sus pedimentos.

En estos supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, pues en multitud de ocasiones ha dicho este Tribunal que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no garantiza un pronunciamiento acorde con las pretensiones de la parte, sino una resolución fundada en Derecho (STC 55/1993, de 15 de febrero, y ATC 148/1999, de 14 de junio). Lo decisivo es que la desestimación de la pretensión de la parte sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (por todas, SSTC 1/1996, de 15 de enero; 217/1998, de 16 de noviembre, y 183/1999, de 11 de octubre). Así puede suceder en el caso de que ese derecho fundamental, previamente vulnerado, haya sido el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, causando el órgano judicial indefensión a la parte al desestimar sus pretensiones por no haberlas demostrado, cuando no se pudieron acreditar precisamente porque ese mismo órgano judicial trun-

co irremediablemente la correcta práctica de su prueba (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre; 221/1998, de 24 de noviembre, y 183/1999, de 11 de octubre). Con ello, el órgano judicial limita los derechos de defensa del demandante al frustrar los medios de prueba de los que se pretendía servir para fundar sus alegaciones por causas que sólo al propio órgano judicial son imputables, resolviendo desestimarlas, justamente, por no haberlas acreditado (SSTC 48/1984, de 4 de abril; 90/1987, de 3 de junio; 29/1990, de 26 de febrero, y 138/1999, de 22 de julio, entre otras muchas).

3. Pues bien, la doctrina que acaba de exponerse resulta aplicable al presente recurso de amparo. La demandante de amparo, señora Charlouian, de nacionalidad armenia y residente en España, representada por Abogado y Procurador de oficio (sentencia de beneficio de justicia gratuita, de 30 de noviembre de 1994, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Bilbao), demandó ante el Juez de Primera Instancia la separación de su esposo, también de nacionalidad armenia y residente hasta esa fecha en España, poniendo de manifiesto al órgano judicial las especiales circunstancias que rodean su caso en lo que hace a la posibilidad efectiva de probar, como impone el artículo 12.6 del Código Civil, el Derecho armenio, que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 9.2 y 107.1, ambos del Código Civil, era el aplicable a la separación demandada. A tal fin, advirtió sobre la peculiar situación política que vivía su país de procedencia, la República de Armenia, en 1994 (fecha de interposición de la demanda de separación), independizado de la extinta URSS en 1991, envuelto en graves conflictos bélicos internos y externos, sin representación diplomática en España (ni española en Armenia, como luego informó a la Audiencia Provincial la Subdirección General de Cooperación Judicial Internacional del Ministerio de Justicia), sin traductor jurado de ruso en la localidad de residencia, y sin que la Embajada y Consulado rusos en España dispusiesen de la legislación civil armenia, según declaraba en su demanda de separación la ahora recurrente en amparo. De hecho, la demandante civil, y ahora recurrente en amparo, con expresa invocación del artículo 24.1 CE, solicitó del Juez de Primera Instancia que, de no probarse el Derecho extranjero, se le aplicara la legislación española sobre la materia, con objeto de evitar todo riesgo de indefensión, cuestión ésta que fue soslayada tanto por el Juez de Primera instancia como por la Audiencia Provincial.

No obstante, las evidentes dificultades que en el caso concreto obstaculizaban grandemente la práctica de la prueba del Derecho armenio para la decisión sobre la separación del matrimonio de la señora Charlouian, ésta aportó un ejemplar del Código de Justicia para los Ciudadanos de la URSS, indicando que era el vigente y aún aplicable en la República de Armenia, y una traducción simple de las Secciones dedicadas a las causas de separación y divorcio. Además, la recurrente estuvo asistida por una traductora designada por el Juzgado de Primera Instancia, como acreditan las actas de designación y aceptación de las que se hace mérito en los antecedentes de esta sentencia.

Todas estas circunstancias no debieron pasarle desapercibidas a la Audiencia Provincial, dado que constan en el rollo de actuaciones que le remitió el Juez de Primera Instancia con motivo de la apelación que la señora Charlouian interpuso contra su sentencia desestimatoria de su demanda de separación. Y a ellas hay que sumar las que acontecieron en esa segunda instancia.

La representación procesal de la recurrente, una vez admitida la prueba en segunda instancia del Derecho armenio aplicable y habida cuenta del funda-

mento de la sentencia desestimatoria de instancia (la no acreditación del Derecho extranjero aplicable) y las dificultades que persistían para realizar dicha prueba, interesó de la Audiencia Provincial su colaboración para practicar dicha prueba mediante el recurso a los pertinentes instrumentos de cooperación judicial internacional, a lo que accedió el órgano judicial, oficiando la oportuna comisión rogatoria por medio de la mencionada Subdirección del Ministerio de Justicia. Pasado un tiempo, se devolvió la comisión rogatoria con el texto del Derecho armenio, que tuvo que ser traducido a instancia de la Audiencia Provincial acudiendo a una empresa privada de interpretación y traducción, resultando que el texto legal remitido versaba sobre materias distintas a las solicitadas en la comisión rogatoria, sin perjuicio de que, no obstante el error, quedaba acreditada la existencia y vigencia en la República de Armenia del citado Código de Justicia de la URSS (del que ya disponían los órganos judiciales al haber sido aportado por la recurrente a los autos).

Oficiada el 4 de julio de 1996 una segunda comisión rogatoria, a instancia una vez más de la demandante de amparo, con el objeto de paliar el error mencionado y extraviada ésta según se hizo constar la diligencia del Secretario de la Audiencia de 21 de febrero de 1997, se dictó providencia de la misma fecha acordando su reproducción y, habida cuenta del tiempo transcurrido, dejar el rollo de apelación pendiente de señalamiento. Por providencia del siguiente 3 de abril, se señaló la celebración de la vista de la apelación para el 20 de mayo, lo que así tuvo lugar.

La Audiencia Provincial, transcurridos apenas un mes y medio de reiterada la segunda comisión rogatoria, sin que ésta se hubiese devuelto, con la parte demandada declarada en rebeldía desde el inicio del procedimiento, sin que conste que el Ministerio Fiscal haya solicitado la celebración de la vista de la apelación o denunciado dilación alguna lesiva de los derechos de las partes en el proceso, y a pesar de tener constancia del extravío de la primera de las comisiones rogatorias y haber acordado su reiteración, decidió no esperar más y celebrar vista, haciendo caso omiso de la petición de la apelante señora Charlouian para que se suspendiese la misma y se esperase a la devolución de la comisión rogatoria, so pena de causarle indefensión al no poder acreditar de otro modo el Derecho aplicable a su demanda de separación. La Audiencia Provincial dictó sentencia el siguiente 2 de junio, desestimando la demanda de separación, precisamente, por no haberse acreditado el Derecho extranjero aplicable al caso.

Es obvio que, en último término, el problema se reducía a la obtención de una traducción fiable del texto de la legislación armenia sobre causas de separación matrimonial y divorcio, pues el texto de esa legislación ya estaba a disposición de la Audiencia Provincial, y no sólo el erróneamente cumplimentado con la devolución de la primera comisión rogatoria, sino el pertinente que ya había sido aportado por la señora Charlouian en los autos seguidos ante el Juez de Primera Instancia. También resulta insoslayable el hecho de que la Audiencia Provincial acudió a una entidad privada para realizar la traducción del texto recibido con la devolución de la primera de las mentadas comisiones rogatorias, sin que el órgano judicial haya dado razón alguna de por qué no se procedió de igual forma con el texto aportado por la recurrente en amparo en primera instancia, una vez advertido el error en la cumplimentación de la primera de las comisiones rogatorias oficiadas.

Añádase a ello que, si bien es cierto que es doctrina de uso habitual entre los órganos judiciales ordinarios que el Derecho extranjero es un «hecho» que

debe ser probado por quien lo alegue, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 12.6 del Código Civil, sin que semejante interpretación y aplicación del citado precepto de la legislación civil deje de ser una cuestión de mera legalidad ordinaria ajena, en principio, a la jurisdicción de amparo, no lo es menos, sin embargo, que en el inciso final de ese mismo apartado sexto del artículo 12 del Código Civil se dice que para la aplicación de ese Derecho, «el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». Extremo que, en casos como el presente, puede trascender de la mera legalidad ordinaria en la que inicialmente debe situarse para alcanzar la decisión del órgano judicial sobre el uso de la facultad que el precepto civil le confiere relevancia constitucional a la luz del artículo 24 CE, puesto que esa decisión deberá adoptarse siempre condicionada por la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial del que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del Derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español y como consecuencia de lo alegado por las partes en el litigio. En efecto, en supuestos como el presente y teniendo en cuenta sus singulares circunstancias, la acreditación del Derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones, que, indudablemente, es competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios.

4. A la vista de este cúmulo de circunstancias, es obligado considerar que la frustración de la práctica de la prueba sobre el Derecho extranjero es imputable a la actitud de la Audiencia Provincial, quien no dio ninguna razón para celebrar la vista y dictar sentencia antes de la devolución de la segunda comisión rogatoria, sin que por tal pueda tenerse el simple hecho, por otra parte evidente, de que no se pudo practicar dicha prueba como consecuencia, obviamente, de no haberse devuelto la tantas veces citada segunda comisión rogatoria. No han existido, en el caso concreto, riesgos para los derechos fundamentales de otras partes en el proceso o de terceros, que, como se sabe, pueden limitar los derechos de defensa de la parte, que pudieren estar implícitos en el fundamento de la decisión judicial (SSTC 130/1986, de 29 de octubre; 237/1988, de 13 de diciembre; 21/1989, de 31 de enero; 9/1993, de 18 de enero; 86/1994, de 14 de marzo; 196/1994, de 4 de julio; y entre las más recientes la 62/1999, de 26 de abril; 162/1999, de 27 de septiembre; y 165/1999, de 27 de septiembre; ATC 14/1999, de 25 de enero). Por lo demás, este Tribunal ya ha declarado que no puede frustrarse la práctica de una prueba apelando «a intereses indudablemente dignos de tutela, pero de rango subordinado», como la más eficaz y pronta resolución de los procesos judiciales (SSTC 51/1985, de 10 de abril, fundamento jurídico 9.º; 158/1989, de 5 de octubre, fundamento jurídico 4.º, y 33/1992, de 18 de marzo, fundamento jurídico 5.º), a lo que parece apuntar la providencia de la Audiencia Provincial de 21 de febrero de 1997, por la que se acordó reiterar la comisión rogatoria extraviada en el Ministerio de Justicia, al tiempo que se dejaba pendiente de señalamiento a la apelación, «dado el tiempo transcurrido».

Por otra parte, no cabe la menor duda sobre la diligencia mostrada por la recurrente de amparo en su pretensión de probar el Derecho armenio aplicable por imperativa remisión del artículo 107 del Código Civil (en relación con el art. 9.2 del propio Código Civil), quien aportó un principio de prueba de

ese Derecho corroborado por los resultados de las sucesivas diligencias practicadas; sin olvidar que las comisiones rogatorias oficiadas por la Audiencia Provincial lo fueron a instancia de la señora Charlouian, quien solicitó en la vista de la apelación la suspensión de la misma hasta que no se hubiese devuelto la segunda de ellas. Debe, además, repararse en la circunstancia de que, en este caso, la prueba, cuya acabada práctica resultó frustrada al no disponer de la traducción del Derecho extranjero aplicable al caso, no lo es en puridad sobre hechos, sino sobre normas jurídicas; y en que, además, la aplicación al caso de ese peculiar «hecho» en que convierte el Código Civil al Derecho extranjero no proviene del alegato de la señora Charlouian, sino de la remisión del artículo 107 del Código Civil (en relación con su art. 9.2), por lo que, propiamente, no se trataba en el caso concreto de que la recurrente probase lo alegado por ella (la aplicación al caso del Derecho armenio), sino de la acreditación del Derecho aplicable al caso por imperativo del mencionado artículo 107 del Código Civil, lo que, a la luz de las garantías contenidas en el artículo 24.1 CE, hubiese exigido de los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba, sin que en momento alguno del procedimiento se dé razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias, habida cuenta de la facultad que el propio artículo 12.6 *in fine* del Código Civil confiere a los órganos judiciales.

Igualmente resulta obvio que la frustrada práctica de la prueba del Derecho armenio deparó perjuicios a la demandante de amparo, ya que la imposibilidad de acreditar ese Derecho, imposibilidad ocasionada por la inmotivada decisión de la Audiencia Provincial de no esperar al resultado de la segunda comisión rogatoria antes de dar por concluso el procedimiento y visto para sentencia, ha sido la causa de la desestimación de su demanda.

Así pues, no cabe sino concluir que la Audiencia Provincial no sólo ha frustrado la práctica de una prueba decisiva para el sostenimiento de la pretensión de la recurrente en amparo (práctica en la que había acordado, a instancia de la recurrente, colaborar para su consecución), lo que de suyo ha lesionado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) de la señora Charlouian, sino que, además, causándole indefensión (art. 24.1 CE), desestimó su demanda de separación a consecuencia, precisamente, de la frustración de dicha prueba, sólo imputable al órgano judicial. Por ello, debe estimarse el presente recurso de amparo y anular la sentencia de apelación, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la providencia de 21 de febrero de 1997, por la que se acordó reiterar la comisión rogatoria oficiada y dejar pendiente de señalamiento la apelación en cuestión, sin que este Tribunal deba indicarle a la Audiencia Provincial las medidas que deba adoptar con el objeto de llevar a su fin la inconclusa práctica de la prueba del Derecho extranjero, tal y como pide la recurrente en el suplico de su demanda de amparo.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registro de la Propiedad

Resolución de 22 de octubre de 1999.
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3
(BOE 1-12-99).

HERENCIA. *IUS TRANSMISSIONIS*.

Para inscribir una escritura de adjudicación de herencia en la que determinados herederos suceden por derecho de transmisión, es necesaria la intervención del cónyuge viudo legitimario del segundo causante o transmitente.

Resolución de 23 de octubre de 1999.
Registro de la Propiedad de Yecla
(BOE 1-12-99).

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO. ADJUDICACION FORMALIZADA EN ACTA

Aunque es precisa la escritura pública de adjudicación, la presentación sólo del acta es únicamente defecto subsanable y puede proporcionar la correspondiente prioridad hasta que se realice el otorgamiento.

Resolución de 25 de octubre de 1999.
Registro de la Propiedad de Madrid, número 36
(BOE 1-12-99).

VIVIENDA FAMILIAR. ADQUISICION TRAS LA SEPARACION MATRIMONIAL. INSCRIPCION DEL DERECHO DE USO.

Sea o no tal uso y disfrute un derecho real, es una limitación que produce efectos *erga omnes* y debe tener acceso al Registro, aunque la finca se adquiriese después de la separación.

Resolución de 27 de octubre de 1999.

Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Gramanet, número 2
(BOE 1-12-99).

OPCION DE COMPRA. CONSTANCIA DE SU EJERCICIO.

No es inscribible un acta notificando su ejercicio, que no está previsto en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario y no acredita el desplazamiento dominical perseguido.

Resolución de 30 de octubre de 1999.

Registro de la Propiedad de Tarrasa, número 3
(BOE 1-12-99).

PRIORIDAD. CADUCIDAD DE ANOTACION DE EMBARGO.

La caducidad opera *ipso iure* una vez agotado el plazo de vigencia de la anotación, si no hubo prórroga, careciendo desde entonces de efectos, de modo que los asientos posteriores no pueden cancelarse, sino que mejoran de rango.

Resolución de 3 de noviembre de 1999.

Registro de la Propiedad de Avila
(BOE. 1-12-99).

EXCESO DE CABIDA. IDENTIDAD DE LA FINCA. DIVISION POSTERIOR.

En sentido estricto el exceso debe ser la rectificación de un erróneo dato registral y no cabe cuando el Registrador tiene dudas fundadas sobre la identidad de la finca y hay datos de que se quiere añadir una superficie colindante adicional. No se puede dividir si resulta una finca inferior a la parcela mínima edificable.

Resolución de 5 de noviembre de 1999.

Registro de la Propiedad de Alicante, número 2
(BOE 1-12-99).

HIPOTECA. MODIFICACION DE INTERES VARIABLE A FIJO. FIJACION DE LA RESPONSABILIDAD.

Al pasar de un interés variable a un interés fijo, es preciso señalar claramente la nueva responsabilidad hipotecaria de las fincas, sin que pueda quedar definida por referencia a un tipo de interés distinto del estipulado.

Resolución de 6 de noviembre de 1999.

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 2
(BOE 1-12-99).

HIPOTECA. APERTURA DE CREDITO. FORMA DE CUENTA CORRIENTE. OBLIGACIONES DISTINTAS. PROCEDIMIENTO DE EJECUCION.

Supone una relación jurídica básica suficiente para la garantía. Las partidas de debe y haber no producen los efectos novatorios del contrato de cuenta corriente, pues no implican extinción de ninguna deuda autónoma. No pueden incluirse en la hipoteca los saldos de otras cuentas. La ejecución puede realizarse de acuerdo con el artículo 153 LH.

Resolución de 12 de noviembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Las Rozas
(BOE 22-12-99).

RECTIFICACION DE ASIENTOS POR DOCUMENTO ADMINISTRATIVO.

Aunque se trate de asientos practicados por título administrativo, no se pueden modificar sin consentimiento de los titulares afectados o resolución judicial supletoria.

Resolución de 15 de noviembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 15
(BOE 22-12-99).

SUSPENSION DE PAGOS. ANOTACION DE EMBARGO.

Ni la declaración de suspensión ni la aprobación del convenio producen cierre registral y no hay inconveniente en practicar la anotación, dada la naturaleza cautelar de ésta.

Resolución de 16 de noviembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Linares
(BOE 21-12-99).

TITULO INSCRIBIBLE. RATIFICACION.

Es inscribible la escritura de ratificación cuando en ella se refleja con toda claridad la voluntad del titular del derecho de hipoteca a cancelar, mediante incorporación del contenido de la escritura que se ratifica.

Resolución de 17 de noviembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27
(BOE 21-12-99).

ANOTACION DE DEMANDA. TRACTO SUCESIVO.

No es anotable la demanda interpuesta contra quien no es titular de la finca, aunque aparezca como titular de una «anotación de sentencia» previa.

Resolución de 23 de noviembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Melilla
(BOE 23-12-99).

PROPIEDAD HORIZONTAL. ANEJO DE UN PISO.

Cuando se fija en la escritura la situación de un anejo en la terraza del edificio, con un plano que contiene su plena delimitación, puede inscribirse el título de compraventa.

Resolución de 25 de noviembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Vilaseca-Salou
(BOE 24-12-99).

SUSPENSION DE PAGOS. ANOTACION PREVENTIVA. DERECHO DE ABSTENCION.

Es posible anotar un embargo, aun concluido el convenio de suspensión de pagos, cuando el crédito había hecho uso del derecho de abstención, existiendo una Comisión de Seguimiento, a la que se notificó.

Resolución de 27 de noviembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Onteniente
(BOE 22-12-99).

HIPOTECA. MODIFICACION Y PRORROGA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE.

No puede realizarse una vez vencido el plazo de duración de la cuenta y menos cuando las fincas resultan gravadas con otras hipotecas intermedias.

Resolución de 29 de noviembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Villagarcía de Arosa
(BOE 11-1-00).

PROPIEDAD HORIZONTAL. LIBRO DE ACTAS.

Cuando el local de garaje se configura como una subcomunidad, puede llevar libro de actas separado.

Resolución de 30 de noviembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29
(BOE 11-1-00).

COMPLEJOS URBANISTICOS. LIBROS DE ACTAS.

Constituida una supracomunidad en los espacios libres de los diferentes edificios del polígono, procede un libro de actas.

Resolución de 1 de diciembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Madrid, número 19
(BOE 11-1-00).

EXPEDIENTE DE DOMINIO INMATRICULADOR.

No se puede inscribir la finca cuando el Registrador estima que forma parte de otra mayor inscrita a favor de persona distinta.

Resolución de 2 de diciembre de 1999.
Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 4
(BOE 11-1-00).

HIPOTECA. SUBROGACION. CARTA DE PAGO Y CANCELACION.

No cabe aplicar el artículo 231 del Reglamento Hipotecario cuando los títulos que se presentan originan la cancelación de la hipoteca por el pago de la obligación garantizada, pues dicho artículo 231 es modificativo y no extintivo.

Resolución de 9 de diciembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 1
(BOE 11-1-00).

ANOTACION DE EMBARGO CADUCADA. JUICIO EJECUTIVO.

No es inscribible la adjudicación, estando la anotación caducada, si la finca está inscrita a favor de persona distinta. Tampoco cabe cancelar los asientos posteriores, una vez que la caducidad supone la ineficacia respecto a ellos.

Resolución de 10 de diciembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5
(BOE 11-1-00).

CREDITO REFACCIONARIO.

En la anotación de embargo existente debe reflejarse la sentencia en la que se declara que el crédito tiene carácter de refaccionario, pero sin especificar la cuantía de la preferencia sin la intervención de los titulares de los derechos que pueden resultar afectados.

Resolución de 11 de diciembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Madrid, número 26
(BOE 11-1-00).

HIPOTECA. TRACTO ABREVIADO.

Se puede disponer de bienes singulares pertenecientes a una herencia o comunidad de gananciales, sin necesidad de previa petición, cuando el acto dispositivo se otorga conjuntamente por todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien (art. 20-5.º y último LH).

Resolución de 13 de diciembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 1
(BOE 11-1-00).

PARTICION HEREDITARIA. RECTIFICACION POSTERIOR.

Para añadir dos fincas no incluidas y sustituir una incluida por error por otra que no se incorporó, es preciso el consentimiento de todos los herederos.

Resolución de 14 de diciembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Ocaña
(BOE 11-1-00).

IGLESIA CATOLICA. EXPEDIENTE DE DOMINIO.

Debe concretarse la persona jurídica eclesiástica que haya adquirido el bien de que se trata, para ver si se cumplen los requisitos de la legislación canónica.

Resolución de 15 de diciembre de 1999.
Registro de la Propiedad de Linares
(BOE 11-1-00).

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION. EXPRESION DE LA CAUSA.

El desplazamiento de un bien desde el patrimonio privativo al ganancial, ha de hacerse por cualquiera de los medios de transmisión del dominio, pero éste requiere una causa que ha de expresarse.

Registro Mercantil

Resolución de 26 de octubre de 1999.
Registro Mercantil de Madrid, número 12
(BOE 1-12-99).

S.R.L. DISOLUCION. QUORUM ESTATUTARIO Y LEGAL.

Es válido el acuerdo tomado por los porcentajes exigidos en la legislación anterior al no haberse adaptado aún la sociedad a la ley vigente.

Resolución de 28 de octubre de 1999.
Registro Mercantil de Madrid, número 8
(BOE 1-12-99).

S.R.L. CIERRE. ADMINISTRADORES. NOMBRAMIENTO ESTANDO CERRADA LA HOJA SOCIAL.

Por estar la hoja social cerrada al faltar la presentación de cuentas, no se puede inscribir el nombramiento del nuevo administrador, pero sí la renuncia de los anteriores.

Resolución de 29 de octubre de 1999.
Registro Mercantil de Murcia
(BOE 2-12-99).

S.A. JUNTA GENERAL. ACUERDOS CONTRADICTORIOS.

No son inscribibles cuando los votos de las acciones se fraccionan en dos partes contrapuestas, cada una de las cuales nombra Presidentes y administradores distintos.

Resolución de 4 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil de Valencia, número 3
(BOE 1-12-99).

RECURSO GUBERNATIVO. DOCUMENTACION.

No es admisible si al escrito de interposición no se unen los documentos calificados, ni originales ni testimoniados. Esto no impide una nueva presentación del título para su calificación e interponer entonces el oportuno recurso si procede.

Resolución de 8 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil de Barcelona, número 10
(BOE 1-12-99).

S.A. ADMINISTRADORES. DESTITUCION Y NOMBRAMIENTO DEL NUEVO. OPOSICION DEL ANTERIOR.

Notificado al anterior titular sólo podrá éste oponerse a la inscripción del acuerdo si justifica haber interpuesto querrela criminal por falsedad o falta de autenticidad de la certificación.

Resolución de 10 y 11 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil de Barcelona, número X
(BOE 22-12-99).

S.A. ADMINISTRADOR UNICO. SEPARACION DEL ANTERIOR: REQUISITOS.

Separación y nombramiento de uno nuevo. Sólo tendrá efecto si se acompaña notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular.

Resolución de 13 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil de Gerona
(BOE 22-12-99).

S.A. LABORAL. JUNTA GENERAL. ANOTACION PREVENTIVA DE ACTA NOTARIAL.

No son inscribibles los acuerdos cuando, existiendo anotación preventiva de levantamiento de acta notarial de la junta, no se haya procedido a levantar dicha acta.

Resolución de 18 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil de Asturias
(BOE 23-12-99).

S.R.L. OBJETO SOCIAL. DETERMINACION.

Es preciso determinar las actividades concretas que lo integran. Es suficiente indicar venta al por menor.

Resolución de 19 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil de Madrid, número XIII
(BOE 23-12-99).

S.R.L. CONSEJO DE ADMINISTRACION. DESIGNACION EXISTIENDO DOS SERIES DE TITULOS.

Cuando hay dos series de participaciones sociales, no se pueden elegir consejeros separadamente, pues este sistema es contrario al principio de mayorías establecido en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Resolución de 22 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil de Madrid, número VII
(BOE 23-12-99).

S.A. JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA POR CONSEJERO DELEGADO.

Puede convocarse la junta por el consejero delegado cuando el consejo de administración le ha facultado para hacerlo.

Resolución de 24 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil de A Coruña
(BOE 22-12-99).

S.R.L. ADMINISTRADOR. SEPARACION.

La notificación judicial al socio no asistente, que es el administrador cuya separación se acuerda, cumple con creces las garantías de información sobre la convocatoria de la junta.

Resolución de 26 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil de Madrid, número VIII
(BOE 23-12-99).

S.R.L. CAPITAL SOCIAL. REDUCCION, AUMENTO Y DESEMBOLSO.

El procedimiento para el ejercicio del derecho de asunción preferente de las nuevas participaciones ha de repetirse en su totalidad. Pero no es preciso comunicar a los socios por escrito la oferta de las nuevas participaciones si se ha anunciado en el BORME.

Resolución de 3 de diciembre de 1999.
Registro Mercantil de Madrid XVIII
(BOE 11-1-00).

SOCIEDAD UNIPERSONAL.

Es suficiente la escritura otorgada por el administrador único donde certifica el contenido del Libro-Registro de socios.

Resolución de 26 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil de San Sebastián.
(BOE 11-1-00).

CUENTAS ANUALES. INFORME DEL AUDITOR.

Para admitir el depósito de las cuentas ha de presentarse el informe del auditor designado a petición de la minoría.

Registro Mercantil Central

Resolución de 2 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil Central
(BOE 1-12-99).

IDENTIDAD DE DENOMINACIONES.

No cabe recurso gubernativo cuando la calificación registral ha sido positiva, pues los asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales. Sólo cabe intentar en juicio declarativo entre las partes la anulación de la denominación concedida.

Resolución de 25 de noviembre de 1999.
Registro Mercantil Central II
(BOE 22-12-99).

DENOMINACION.

La identidad de denominaciones no ha de ser absoluta y sustancial y basta la notoria semejanza fonética, cosa que no se da en el caso presente.

Resolución de 4 de diciembre de 1999.
Registro Mercantil Central
(BOE 11-1-00).

DENOMINACION.

No cabe recurso cuando la decisión del Registrador ha sido positiva y ha desembocado ya en una inscripción.

Registro de Venta a Plazos

Resolución de 20 de noviembre de 1999.
Registro Venta a Plazos de Madrid
(BOE 21-12-99).

VENTAS A PLAZOS. EJEMPLARES DEL CONTRATO.

Es preciso presentar los cuatro ejemplares de que se compone para proceder a su inscripción.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

CERTIFICACION ADMINISTRATIVA DE DOMINIO.—NO ES TITULO APTO PARA LA REANUDACION DEL TRACTO SUCESIVO. NO SE PUEDE INSCRIBIR UNA FINCA A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD CUANDO APARECE COMO TITULAR EL AYUNTAMIENTO. REITERACION DEL FALLO DE LA RESOLUCION DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1992. (RESOLUCIÓN DE 8 DE OCTUBRE DE 1999. BOE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

RESOLUCION de 8 de octubre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Rector de la Universidad de Valladolid, don Francisco Javier Alvarez Guisasola, en nombre de la misma, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 5 de dicha ciudad, doña María José Triana Alvarez, a inscribir una certificación Administrativa de dominio expedida por el Gerente de dicha Universidad, don Gerardo Llana Herrero, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Rector de la Universidad de Valladolid, don Francisco Javier Alvarez Guisasola, en nombre de la misma, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 5 de dicha ciudad, doña María José Triana Alvarez, a inscribir una certificación administrativa de dominio expedida por el Gerente de dicha Universidad, don Gerardo Llana Herrero, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 10 de enero de 1996, el Gerente de la Universidad de Valladolid, don Gerardo Llana Herrero, expidió certificación a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, en el que se hace constar que la finca número 7 de la plaza de España de dicha ciudad, que se identifica con la registral 1.183 al folio 180 del tomo 844 del Registro de la Propiedad de Valladolid, y que figura inscrita la posesión a favor del excelentísimo Ayuntamiento de la misma ciudad, es de titularidad de la Universidad de Valladolid, según los documentos oficiales incorporados al expediente a su cargo, en virtud del proceso adquisitivo que describía y que sintéticamente se centraba en lo siguiente: a) Que al tiempo en que el Ayuntamiento certifica que es titular de la posesión de la finca está vigente la legislación desamortizadora, que considera a los municipios como manos muertas, incapaces para adquirir bienes inmuebles salvo supuestos especiales; b) que la inscripción se practicó en base a una certificación de posesión a los efectos del Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, Real Decreto que al tiempo de practicarse la inscripción estaba recogido en los artículos 21 a 31 del Reglamento Hipotecario entonces vigente; c) que la inscripción en favor del Ayuntamiento lo es de la posesión no en concepto de dueño, por expreso reconocimiento del titular registral que hizo constar que le había sido cedida para cuartel de la Milicia Nacional y escuelas por el Estado el año 1840; d) que la citada cesión de posesión por el Estado lo fue, conforme al artículo 8.º de la Ley de 9 de junio de 1869, sometida a lo dispuesto en su artículo 5.º sobre reversión desde el momento en que se aplicase a objetos diversos a los señalados en la concesión; que el cambio de destino tuvo lugar cuando la finca fue ofrecida en cesión al Estado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valladolid de 28 de diciembre de 1925, según certificaciones expedidas por el Secretario del excelentísimo Ayuntamiento de Valladolid que acompañaba y cuya calificación, junto con el documento presentado, se solicitaba; que sobre la finca referida tuvo lugar la construcción de un edificio destinado a Escuelas Normales del Magisterio; que la finca, junto con el inmueble edificado sobre ella, fue destinada a la finalidad para la que se cedió, ostentando el Estado la posesión de la finca y edificio a título de dueño, desde la fecha en que fue aceptada la cesión del Ayuntamiento, habiéndose adscrito ambos a la Universidad de Valladolid, con la denominación de Escuela Universitaria de Formación del Profesorado de Educación General Básica, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1381/1972, de 25 de mayo, y de lo previsto en la Disposición Transitoria segunda.3 de la Ley General de Educación, quedando sujeta, a todos los efectos, a las normas del Estatuto Singular de la Universidad. La finca e inmueble descritos han seguido afectados a la Universidad de Valladolid para el cumplimiento de sus fines hasta la actualidad, por lo que habiéndose cumplido, en fecha 2 de abril de 1986, la previsión de la Disposición Transitoria duodécima de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.2, la Universidad de Valladolid ha asumido por imperio de la Ley la titularidad de la finca e inmueble.

II. Presentado el anterior certificado en el Registro de la Propiedad de Valladolid número 5, acompañado de otras certificaciones expedidas por el señor Secretario del excelentísimo Ayuntamiento de Valladolid, relativos a las actas de determinadas reuniones del Pleno y de la Comisión Permanente, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, por figurar la finca a que el mismo se refiere, inscrita en dominio, a favor del excelentísimo Ayuntamiento de Valladolid, a virtud de conversión en inscripción de dominio de su inscripción 1.^a de posesión, lo que se llevó a cabo al haberse procedido a expedir por la Registradora, que emite esta nota en relación con dicha finca, certificación de dominio y cargas, en virtud de una instancia suscrita con fecha 6 de octubre de 1994, por el Concejal Delegado del Área de Hacienda, Patrimonio y Fomento del Ayuntamiento de Valladolid, don Pascual Felipe Fernández Suárez, por delegación del señor Alcalde, que se presentó en este Registro, el día 19 de enero de 1995, bajo el asiento 867 del Diario 9.^o y no ser la certificación administrativa de dominio título adecuado para reanudar el tracto sucesivo, ni para obtener inscripción alguna, una vez inmatriculada una finca —arts. 199 y 206 de la Ley Hipotecaria y RDGN de 19 de enero de 1960 y 11 de noviembre de 1992, esta última recaída sobre el mismo asunto que ahora se califica—. Respecto de la documentación complementaria cuya calificación se solicita, se hace constar que la misma no procede al margen del documento principal al que complementa y que es la base fundamental para la obtención de la inscripción solicitada. No obstante se advierte que dicha documentación por sí sola no es susceptible de provocar asiento de inscripción alguno por no ser documento adecuado para proceder a inscribir la cesión por parte del Ayuntamiento al Estado, lo que por otra parte no ha sido solicitado, y por no estar otorgadas en la forma y con las solemnidades que prescriben las leyes y con expresión de las circunstancias requeridas por la Ley Hipotecaria, entre ellas la descripción del inmueble, lo que no se hace en ninguno de los documentos complementarios aportados. Se hace constar que al haber sido objeto el asunto calificado de recurso gubernativo 1/91, que motivó resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 11 de noviembre de 1992, se entiende por la Registradora que emite esta nota y así se advierte la improcedencia de interponer un nuevo recurso gubernativo sobre la idoneidad de la certificación de dominio aportada para obtener la inscripción solicitada, por ir en contra del principio que prohíbe se falle dos veces el mismo asunto por una misma autoridad. Resoluciones de la DGRN de 21 de noviembre de 1989 y 7 de septiembre de 1990. No obstante, y de conformidad con el criterio de la Resolución de la DGRN de 6 de junio de 1991, se hace constar que contra la presente nota podrá interponerse recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el plazo de cuatro meses, a contar desde su fecha, y en apelación, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, de conformidad con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento. Valladolid, a 1 de febrero de 1996.—La Registradora. Firma ilegible.»

III. Don Fernando Javier Alvarez Guisasola, Rector de la Universidad de Valladolid, en nombre de la misma, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. A) El Estado es dueño por ministerio de la Ley de la finca objeto del recurso, título jurídico y modo de adquisición, que obliga a poner de manifiesto alguna de nuestras normas jurídicas, que junto con otras medidas persegúan obtener el efecto económico desamortizador,

así las relativas a la desamortización eclesiástica y a la desamortización civil de título jurídico público, siendo de destacar en cuanto a la primera el Decreto de 17 de junio de 1812, declarando de propiedad estatal todos los bienes de los establecimientos eclesiásticos extinguidos o reformados por el Gobierno de Bonaparte y un Real Decreto de enero —sin fecha— de 1836, que al determinar el destino de los edificios que fueron conventos, enumeró entre ellos el de «cuarteles». B) Que con relación a las normas de desamortización civil de título jurídico público, la Ley de septiembre de 1820 prohibió a las entidades que se comprenden bajo la denominación de manos muertas, entre las que se encuentran los Ayuntamientos y Concejos, adquirir bienes inmuebles. Que hay que recordar las normas anteriores, porque pueda inducir a error las palabras del legislador en la Ley de 9 de junio de 1869 al hablar de cesión en usufructo y reversión al Estado. II. A) Creado el Registro de la Propiedad en 1862, se promulga el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, mandando que se proceda, desde luego, por los Alcaldes a la inscripción en los respectivos Registros de la Propiedad de las fincas que en cualquier concepto posean los Ayuntamientos, a cuyo cumplimiento procedió el de Valladolid al cabo de cincuenta y cuatro años en cuanto a la finca objeto del recurso, y cuyas reglas pasaron a los artículos 21 a 31 del Reglamento Hipotecario vigente al tiempo de la inscripción, siendo de destacar su artículo 6.º que disponía que cuando se careciera de título escrito de propiedad se pediría una inscripción de posesión. Que de los bienes sujetos a venta con arreglo a la Ley de 1 de mayo de 1855 se exceptuaron, por el artículo 9 de la de 11 de junio de 1856, los cedidos a algún Ayuntamiento para ser destinados a algún servicio público, de los que tales entidades se considerarían sólo como usufructuarios, y de la inscripción de los bienes del Estado exceptuados de la venta tratan los artículos citados del Reglamento Hipotecario. B) Que cuando el Secretario del Ayuntamiento de Valladolid, en abril de 1918, y el Registrador, en mayo del mismo año, culminan en inscribir en el Registro de la Propiedad el solar de los Mostenses, conocen perfectamente la legislación vigente en aquel momento, de la que resulta con la suficiente evidencia que era un bien procedente de la desamortización, propiedad del Estado, exceptuado temporalmente de la venta, no poseído por el Estado como propio, cedido al Ayuntamiento por aquél, para ser destinado a los servicios públicos de cuartel de la Milicia Nacional y escuelas, en mero usufructo a título oneroso o gratuitamente sin más explicaciones, y a quien revertiría si se destinase a otro fin o dejase de ser necesario, el bien se halla en posesión del Ayuntamiento, y esta posesión es la que se inscribe, sin perjuicio de tercero que pueda tener mejor derecho a su propiedad. C) Que el municipio inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad, no mediante la titulación ordinaria, sino a través de la denominada titulación supletoria, que tiende «sólo» a justificar la posesión de un inmueble, siendo la certificación de posesión expedida por el Ayuntamiento en un documento auténtico pero de carácter administrativo. III. A) Que el Estado, en 1918, no podía inscribir el dominio, ya que se trataba de un bien desamortizado exceptuado de la venta temporalmente, con arreglo a la propia legislación desamortizadora, pues al no haber título inscribible, se pediría la inscripción de la posesión a favor de la entidad que lo poseyera y, por último, si el bien hubiere de quedar amortizado se llevaría a efecto su inscripción a favor del Estado. B) Que con la publicación de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 se deroga la legislación desamortizadora y, a partir de ella debe el Estado solicitar la inscripción del dominio

pleno o residual, pero hay que tener en cuenta que no se derogan el Decreto de 11 de noviembre de 1864, basado en posibles situaciones transitorias, ni la Ley de 9 de junio de 1869, cuyo contenido es aplicado por los artículos 74 a 79 de la Ley de Patrimonio del Estado, y 154 y siguientes del Reglamento, en los que se habla sólo de cesión para fines de uso a título gratuito con sujeción a plazo, debiendo constar en escritura pública el acuerdo de cesión, con la cual se realiza la inscripción o nota marginal, haciéndose constar la condición resolutoria que provoca la reversión, regulándose (art. 164 del Reglamento) el expediente administrativo o para hacer constar el incumplimiento de los fines para los que se cedieron, lo que provoca la revisión y la recuperación por el Estado del uso cedido. C) Que quedan sin regular antes y ahora los requisitos sustantivos y formales de la inscripción o anotación de la retrocesión voluntaria de ese uso al Estado por parte de las corporaciones a las que presuntamente el Estado se las había transmitido. D) Que se considera que la cesión del derecho administrativo al titular residual del dominio (el Estado), ya que la relación de tracto tiene carácter administrativo, está suficientemente acreditada con los documentos auténticos aportados, en cuanto a la voluntad del transmitente (el Ayuntamiento) con la certificación de sus acuerdos, y la capacidad del adquirente. Estado-Ministerio de Instrucción Pública para aceptar la cesión y la forma de la misma que el Real Decreto de 4 de septiembre de 1908, indicaba se haría por Real Orden, lo que está confirmada por lo que publica la inscripción 1.ª de la finca 1.183 del Registro de la Propiedad de Valladolid, de la que resulta que el Estado es el propietario y el Ayuntamiento el poseedor o cesionario de un derecho de uso extinguido en 1926, y sólo una desafortunada interpretación de la citada inscripción y su conversión en inscripción de dominio, nula de pleno derecho, le ha llevado a una mera apariencia de propiedad. E) Que se entiende que sólo en base a un formalismo exagerado no se da eficacia para su toma de razón a tales documentos complementarios. IV. A) Que con relación al tema de la inmatriculación, olvida la Registradora que con arreglo al artículo 8.º de la Ley Hipotecaria de 1909 y el Reglamento de 1915, era posible la inscripción primera de derechos reales que no sean el de propiedad, como la posesión que sí era inscribible en 1918, y la inscripción de la posesión sólo es no es obstáculo para una inscripción posterior de dominio a favor de persona distinta del poseedor, cuando éste reconozca ese dominio. B) Que hay que tener en cuenta que la posesión en el Registro cuando se trata del Estado y demás organismos públicos, tuvo siempre una normativa particular y especial en la legislación hipotecaria. Que el Real Decreto de 19 de junio de 1863, del Ministerio de Justicia, permite al Estado a inscribir el dominio sin presentar título escrito, respecto de los bienes que le pertenecieron en virtud de las leyes desamortizadoras y que no estaban destinados a la venta, con sólo presentar en el Registro un certificado que tras varias modificaciones se resuelve a este sistema en 1944. V. Que no existe ningún impedimento en la rectificación por parte de la Registradora de ese asiento de conversión de inscripción de posesión en dominio. Que por otro lado, la teoría de la nulidad registral está construida en torno a título nulo, anulable o inexistente, o a error en la redacción del asiento. Que nada de esto ha sucedido. La actual inscripción de dominio a favor del Ayuntamiento de Valladolid provoca una inexactitud registral por exceso, derivada de un error surgido de la sola decisión de la Registradora, inexactitud que resulta de los propios libros registrales, e inscripción de la que no puede derivarse el ejercicio de acción alguna, no produce siempre efecto, puede y debe ser apre-

ciada de oficio, rectificándose por la sola decisión de la Registradora. VI. Que no puede tomarse en consideración la mención de la Registradora de que se trata de cosa juzgada, ya que el título de adquisición y el modo en que fue adquirida la finca nada tiene que ver con las expresadas en otras certificaciones distintas y controvertidas en la Resolución de 11 de noviembre de 1992.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que se solicita se proceda a la desestimación del recurso, pues, como ya se hizo constar en la nota de calificación a pie del título que motiva este recurso, la Universidad de Valladolid ya pretendía la inscripción de la finca de que se trata, mediante certificación administrativa de dominio que originó el recurso gubernativo resuelto por la Resolución de 11 de noviembre de 1992, que declaró que el texto de los artículos 200 y 206 de la Ley Hipotecaria pone de manifiesto la inadecuación de la certificación administrativa de dominio para la reanudación del tracto sucesivo. Que admitir la interposición de un nuevo recurso supone ir en contra del principio que prohíbe se falle dos veces el mismo asunto por una misma autoridad, declarado en las Resoluciones de 21 de noviembre de 1989 y 7 de septiembre de 1990. Que con carácter subsidiario, para el caso que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia estime que procede admitir a trámite el recurso gubernativo planteado, se emite informe, prevenido en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario. Que la finca en cuestión aparece inscrita en dominio a favor del excelentísimo Ayuntamiento de Valladolid, a virtud de conversión en inscripción de dominio de su inscripción primera de posesión, lo que se llevó a cabo al haberse procedido a expedir certificación de dominio y cargas de la misma, en virtud de una instancia suscrita con fecha 6 de octubre de 1994, por el Concejal Delegado del Área de Hacienda, Patrimonio y Fomento del Ayuntamiento de Valladolid, por delegación del señor Alcalde, que se presentó en este Registro el 19 de enero de 1995. Que la Universidad de Valladolid pretende, mediante un documento que encabeza «Certificación de dominio sobre la finca número siete de la plaza de España de Valladolid» (art. 206 de la Ley Hipotecaria) obtener la inscripción de dicha finca en el Registro con vulneración evidente del principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y olvidando que tales certificaciones sólo tienen virtualidad inmatriculadora de inmuebles, como se deduce del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, constituyendo, además, un procedimiento excepcional inmatriculador. Que existiendo un salto entre el titular de la inscripción existente y el que se dice en la actualidad titular de dominio, debería este último acudir a los procedimientos que para tal supuesto se recogen en la legislación hipotecaria, al expediente de dominio o acta de notoriedad (art. 200 de la Ley Hipotecaria) o la inscripción de las transmisiones intermedias habidas hasta enlazar con el titular registral mediante la aportación de títulos adecuados, para provocar la inscripción en el Registro y que en ningún caso será por sí sola la documentación complementaria aportada a la certificación, ya que, conforme a las Resoluciones de 12 de febrero de 1916 y 31 de julio de 1917, el documento adecuado para hacer constar la cesión por parte del Ayuntamiento al Estado, debería de ser la escritura pública, aparte de lo establecido en el artículo 633 del Código Civil y la necesidad de que los títulos documentales sean otorgados en la forma y con las solemnidades que prescriben las leyes sobre la materia y con expresión de las circunstancias requeridas por la Ley Hipotecaria.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León no admitió el recurso gubernativo por existir identidad tanto subjetiva como

objetiva, entre este recurso y el resuelto por Resolución de 11 de noviembre de 1992.

VI. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió la doctrina contenida en las Resoluciones de 20 de julio de 1902 y 21 de septiembre de 1978, entre otras.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 40.a), 200 y 206 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 11 de noviembre de 1992.

1. El presente recurso trae causa de la negativa de la Registradora a inscribir a nombre de la Universidad de Valladolid el dominio de una finca que aparece inscrita a favor del excelentísimo Ayuntamiento de la misma ciudad, inscripción que se pretende en base a una certificación expedida por el Gerente de dicha Universidad en la que se recogen las sucesivas vicisitudes que han afectado a la titularidad de la finca, la última de ellas la asunción de la que ostentaba el Estado por imperativo de la Ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.2 y Disposición Transitoria duodécima de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. Se acompañan a dicho documento sendas certificaciones, cuya calificación, junto con la anterior, a la que se dice complementan, se solicita expresamente, expedidas por el Secretario general del excelentísimo Ayuntamiento titular registral de la finca, relativas a las actas de las sesiones del Pleno de la Corporación celebradas los días 28 de junio de 1912 y 28 de diciembre de 1925, y otra de la Comisión Permanente de 10 de diciembre de 1926, en las que consta: a) En la primera, el acuerdo de cesión del solar de los Mostenses al Estado con la condición de que sobre el mismo se construya un edificio destinado a la enseñanza pública; b) En la segunda, el acuerdo de cesión al Estado de la misma finca para construir Escuelas Normales, y c) En la última, que se da cuenta de una comunicación del Director general de Primera Enseñanza con traslado de una Real Orden por la que se acepta, en nombre del Estado, el solar ofrecido para la construcción de un edificio destinado a escuelas normales de maestros y maestras.

2. La cuestión planteada, en cuanto se refiere a la habilidad de dicha certificación como título para lograr la inscripción pretendida, es reiteración de la que en su día fue resuelta por la Resolución de este Centro Directivo de 11 de noviembre de 1992. Ratificó la misma la calificación de la Registradora contraria a la inscripción por considerar que la certificación administrativa de dominio no era medio adecuado, a la vista de los artículos 200 y 206 de la Ley Hipotecaria, para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido de una finca, sin que cupiera admitir la alegación de que lo pretendido era la inmatriculación de la misma por estar inscrita tan sólo en posesión, pues la inmatriculación de la finca ya se había producido, aunque fuera por medio de una inscripción en posesión —que hoy aparece convertida en inscripción de dominio—.

Entiende el auto apelado que no cabe admitir el recurso por aplicación del principio procesal *non bis in idem*, que implica que los debates jurídicos alcancen un momento final, de forma que la discusión, en lo que respecta a la cuestión de fondo, no pueda reproducirse, principio que esta Dirección General ha declarado aplicable al recurso gubernativo y lo es a éste, en cuanto al valor de dicha certificación como título inscribible en cuanto a una finca ya inmatriculada, dada la identidad tanto subjetiva como objetiva entre la pretensión ahora rechazada y su fundamentación y la resuelta en su momento

por aquella Resolución, y tal conclusión ha de confirmarse en base a los mismos argumentos en que se basa.

3. Plantea el recurrente, no obstante, una cuestión nueva. Señalaba aquella Resolución que la inscripción de las transmisiones intermedias habidas hasta enlazar con el titular registral, facilitarían la rectificación del Registro en favor de aquél [art. 40.a) de la Ley Hipotecaria], pero sin que en tal momento pudiera debatirse, en virtud de la concreción del recurso a los extremos directamente relacionados con la nota de calificación, si la titulación aportada (en especial las certificaciones expedidas por el Secretario del excelentísimo Ayuntamiento de Valladolid) reunía todos los requisitos legales necesarios para posibilitar el acceso al Registro de aquellas relaciones jurídicas inmobiliarias intermedias. Y es la calificación actual de dicha documentación complementaria como insuficiente para inscribir la cesión previa del Ayuntamiento al Estado lo que se recurre.

4. En realidad los argumentos del recurrente parten de la base de que la propiedad de la finca en cuestión corresponde al Estado como procedente de la desamortización de los bienes eclesiásticos y su exclusión de la venta a que los mismos estaban llamados por haberse destinado, conforme a lo previsto en el Real Decreto de 19 de febrero de 1836, para un servicio público, en este concreto caso para escuela de párvulos, fin para el que fue cedida al Ayuntamiento como consecuencia de la orientación señalada en el Real Decreto de 9 de diciembre de 1840, situación en que se hallaba al promulgarse la Ley de 1 de mayo de 1855, cuyo artículo 2.º siguió exceptuando de la venta los bienes que tuvieran aquel destino. Sobre esa base se razona que el Ayuntamiento de Valladolid habría de considerarse sólo como usufructuario de la finca, debiendo volver al Estado al cesar el destino que determinó su cesión, razón por la que la inscripción practicada en favor de aquél lo fue tan sólo en posesión y como consecuencia de lo dispuesto en el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, ordenado que por los Alcaldes se procediera a la inscripción en el Registro de la Propiedad de las fincas que en cualquier concepto poseyeran los Ayuntamientos, en tanto que el Estado no inscribió su dominio por estar exceptuados de inscripción los bienes sujetos a venta como consecuencia de la legislación desamortizadora. Se estaría, por tanto, ante una situación de retrocesión voluntaria por parte de la Corporación al Estado del uso o posesión cedida por éste de una finca de su propiedad, cesión administrativa al titular residual del dominio no inscrito, que a su juicio queda acreditada con los documentos aportados y cuya calificación como insuficientes se recurre y para la que no se precisaría una formalización en escritura pública por ser un supuesto asimilable a las desadscripciones de bienes del Patrimonio del Estado reguladas en el artículo 164 del Reglamento de la Ley por la que se rige aquel Patrimonio, para las que es suficiente una resolución administrativa sin consentimiento del titular registral.

5. Pues bien, los anteriores argumentos, aparte de basarse más en lo que sería el resultado lógico de la aplicación de la normativa alegada que en la realidad contrastada con documentación fehaciente que la acredite, choca además con el contenido de los pronunciamientos registrales. La posesión de la finca se inscribe el 15 de mayo de 1918 en favor del Ayuntamiento de Valladolid, en virtud de una certificación expedida el 23 de abril anterior por el Secretario del dicho Ayuntamiento a los efectos del Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, y en ella se hacía constar que, según los antecedentes obrantes en la Secretaría, el Ayuntamiento se hallaba en posesión del terreno

—la finca se describe como «solar» en esta ciudad— como resultante del derribo del edificio titulado de Premostraleses que le fue cedido para cuartel de Milicia Nacional y escuelas por el Estado el año 1840 hasta la fecha. Ni del asiento registral ni de la documentación aportada resulta que la finca en cuestión procediera de la desamortización de los bienes del clero regular conforme al Decreto de 17 de junio de 1912, ni que la cesión por el Estado en favor del Ayuntamiento lo hubiera sido tan sólo del uso o disfrute de la finca, ni el año en que se produjo el derribo de la edificación cuya desaparición hubiera determinado, conforme a los argumentos aducidos, la extinción de aquel derecho por haber dejado de prestar el servicio para el que se cedió. A ello se une que la inscripción en posesión era perfectamente normal al tiempo de practicarse —año de 1918— conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 del entonces vigente Reglamento Hipotecario de 1915, por más que se invocase en la certificación que la causó la obligación impuesta por el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864. Y es que éste, tras establecer la obligación de inscribir en el Registro los inmuebles y derechos reales que poseyeran o administrasen el Estado y las corporaciones civiles y se hallaren exceptuados de venta conforme a la legislación desamortizadora, distinguía (arts. 5 y 6) según existiesen títulos de la propiedad, fuera del Estado o la corporación, en cuyo caso se presentarían para su inscripción en favor de quien fuese dueño, o no existiese título en que debía solicitarse una inscripción de posesión en favor del Estado o corporación que los poseyera. No puede excluirse por tanto que ante la falta de título escrito de dominio el Ayuntamiento solicitase la inscripción en posesión y deducir de esa inscripción que tal posesión hubiera de ser a título de usufructuario u otro distinto de propietario, máxime cuando el artículo 7.º del citado Real Decreto obligaba a consignar, aun en las inscripciones de posesión, «el estado actual de la posesión», exigencia que habría de entenderse referida no a quien era el poseedor, circunstancia básica del asiento, sino el concepto en que se poseía. Dentro de los bienes sujetos a desamortización había que diferenciar aquéllos que pasaron a ser patrimonio del Estado, de los que, aun sujetos a venta, permanecían en el patrimonio de sus propietarios, y entre estos últimos se encontraban los de las corporaciones destinados a beneficencia o instrucción pública (confróntese arts. 10 y 12 de la Ley de 11 de julio de 1856). Si a ello se añade que de los documentos calificados en modo alguno se deduce que la cesión acordada en dos ocasiones por el Ayuntamiento en favor del Estado lo fuera de la posesión de la finca que ostentaba el Ayuntamiento a título distinto del de propietario y no como tal, sino que, por el contrario, de la lectura de las certificaciones aportadas resulta que lo acordado fue: En un caso la cesión del solar con la condición de que sobre el mismo se construya un edificio destinado a enseñanza pública, y en el otro, ofrecer al Estado el terreno del solar de Los Mostenses para construir escuelas normales, resulta imposible en el estrecho cauce en que se desenvuelve el procedimiento registral tener por definitivas las conclusiones a que llega el recurrente.

Y no puede, por último, dejar de tomarse en consideración la situación actual de la finca en el Registro, cuando la que fuera inscripción de posesión aparece convertida en inscripción de dominio en favor del Ayuntamiento de Valladolid en base a lo dispuesto en el último párrafo del apartado 3.º del artículo 353 del Reglamento Hipotecario, conversión que el Registrador llevó a cabo siguiendo la indicación contenida en la citada Resolución de 11 de

noviembre de 1992, asiento que se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud en los términos previstos en la misma Ley, y cuya rectificación habría de sujetarse a lo dispuesto en su artículo 40, a cuyo fin son insuficientes los documentos presentados, con los que se pretende la cancelación de las inscripciones existentes en el folio de la finca en favor de aquel Ayuntamiento.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 8 de octubre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

COMENTARIO

La cuestión central que aquí se plantea es la de si puede reanudarse el tracto sucesivo interrumpido en virtud de la certificación administrativa de dominio regulada en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria.

La opinión generalizada, salvo alguna excepción aislada, es negativa, entendiéndose que este procedimiento se articuló, ya desde su redacción inicial, sólo para la inmatriculación de fincas que no estuviesen inscritas. Y en el segundo párrafo que a este artículo se ha añadido por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Acompañamiento de la de Presupuestos para 1997, se señala la posibilidad de inscribir mediante la certificación otros actos sobre las fincas, pero se omite la reanudación del tracto, por lo que debe excluirse tal operación por este medio. La razón es evidente, puesto que en la reanudación hay un asiento previo, que es preciso cancelar, y la certificación administrativa carece de virtualidad cancelatoria, por lo que no es válida para obtener la reanudación del tracto interrumpido.

La doctrina de la Dirección General es uniforme en este sentido negativo. Se inicia esta dirección en la Resolución de 18 de agosto de 1909, donde se declaró que para hacer desaparecer la contradicción que existe entre el hecho de hallarse el Estado en posesión de la finca, a título de dueño, y aparecer inscrito el dominio de la misma a favor de otra persona, no basta hacer constar en la certificación expedida por la Administración que fue adjudicada a la Hacienda y que figura en el Inventario de bienes del Estado.

En la Resolución de 19 de enero de 1960 se contempla el supuesto de que el Estado fue declarado heredero abintestato del causante y la Delegación de Hacienda de Burgos expidió la certificación del artículo 206, la cual no fue inscrita por aparecer los bienes en el Registro bajo la titularidad de persona distinta de dicho causante; la Dirección General confirmó la nota denegatoria, declarando que el Estado, cuando carezca de título escrito de dominio, puede inmatricular fincas que le pertenezcan y no figuren inscritas a favor de persona alguna, en virtud de la certificación de dominio a que se refiere el artículo 206 de la Ley, procedimiento que, por tener un puro carácter inmatriculador, carece de virtualidad para provocar la cancelación de asientos del Registro, que sólo podrá obtenerse conforme al artículo 82, mediante sentencia contra la que no se halle pendiente recurso de casación, o escritura o

documento auténtico en que preste su consentimiento para ello la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción, sus causahabientes o representantes legítimos. Y termina diciendo que acreditado en el expediente que como heredero abintestato del causante adquirió el Estado dos fincas, entre otras varias, que por aparecer inscritas a favor de persona distinta del causante no pueden inmatricularse con la certificación presentada, debe cumplirse el procedimiento establecido para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido.

Quizá movido por esta Resolución, el Abogado del Estado de Sevilla, Pedro Luis Herrera Contreras, publicó en esta Revista, en 1961, un trabajo defendiendo la posibilidad de que la certificación administrativa de dominio sirva para los efectos de la reanudación del tracto lo mismo que sirve para la inmatriculación. Si los particulares pueden acudir al expediente de dominio para obtener ambas finalidades, los entes públicos tienen la certificación que debe ser con las dos aplicaciones, pues la analogía entre ambos títulos es perfecta, según él. Arranca su argumentación tratando de apoyarla en varias disposiciones de carácter administrativo que podrían asimilar el expediente posesorio de la antigua legislación con la certificación administrativa y considera que dichos argumentos, ya periclitados, serían válidos si los trasladamos a las figuras actuales. Intenta rebatir las opiniones adversas y termina opinando que el artículo 306 del Reglamento Hipotecario establece claramente el alcance reanudador de la certificación administrativa, ya que dispone que cuando su contenido estuviere en contradicción con algún asiento no cancelado o se refiera a fincas o derechos que coincidan con otros ya inscritos, los Registradores suspenderán la inscripción solicitada y remitirán copia de los asientos contradictorios a la Autoridad que expidió la certificación para que ésta envíe los antecedentes al Juez competente del partido donde radique la finca para que, oyendo a los posibles interesados, pueda dictar auto declarando o no inscribible el documento de que se trate. En este último caso, opina el autor citado, se tratará, ni más ni menos, de una reanudación.

Parece, no obstante, que estos argumentos no han convencido a la doctrina hipotecarista. Por todos, tomamos lo que al respecto dice Peña y Bernaldo de Quirós, quien aduce rotundamente que no es posible la reanudación del tracto interrumpido en virtud de certificación expedida por el Estado o por otra entidad pública respecto de los bienes que han pasado a ser de su propiedad. Por hipótesis, dice, existirá una inscripción que viene a contradecir la titularidad existente respecto a la titularidad actual que pretende tener ahora la entidad pública que expide la certificación; pues bien, como la inscripción está bajo la salvaguardia de los Tribunales, no cabe que la inscripción pueda ser contradicha por una simple decisión administrativa, dada sin intervención alguna del titular registral.

La Dirección General confirma la posición negativa respecto a la posibilidad de la reanudación por certificación administrativa en las Resoluciones de 10 de julio de 1991 y la de 11 de noviembre de 1992, reiterándose esta última por la presente Resolución que comentamos de 8 de octubre de 1999.

La de 10 de julio de 1991 declara que el artículo 206 de la Ley Hipotecaria debe ser interpretado en función de su colocación sistemática y en conexión con el artículo 199 del mismo texto legal, de donde se desprende claramente la concreción de su eficacia al ámbito inmatriculador; así lo confirma además el propio artículo 200 de la LH al no incluir este medio entre los que posibilitan la reanudación del tracto. Y añade que tampoco puede estimarse la invocación del recurrente en el sentido de que el Registrador debió aplicar las

medidas previstas en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, pues, como tiene declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 14 de diciembre de 1946 y 10 de febrero de 1956), ese procedimiento es aplicable únicamente cuando entre el inmueble inscrito en el Registro y aquél que se describe en el título exista coincidencia «en algunos detalles», pero no cuando del examen comparativo entre ambas descripciones aparezca identidad y, menos aún, cuando en el mismo título calificado se admite la identidad misma entre una y otra.

La Resolución de 11 de noviembre de 1992, que es antecedente inmediato de la presente, estuvo motivada por el recurso interpuesto ante la negativa del Registrador de inscribir una certificación de la Universidad de Valladolid referida a una finca que aparecía inscrita en posesión en favor del Ayuntamiento de aquella ciudad. Se alegaba que han existido varias cesiones intermedias, mediante documentos administrativos varios. Tanto el Presidente de la Audiencia Territorial como la Dirección General desestimaron el recurso, negando eficacia reanudadora a la certificación que se aportó, aunque la finca sólo estuviese inscrita en posesión.

Dice así su fundamento jurídico número 3:

El texto de los artículos 200 y 206 de la Ley Hipotecaria pone de manifiesto la inadecuación de la certificación administrativa de dominio, como medio para la reanudación del tracto sucesivo ininterrumpido; y no puede estimarse la alegación del recurrente en el sentido de que lo que ahora se pretende es una nueva inmatriculación de la finca cuestionada, dado que ésta aparece inscrita únicamente en posesión: la Disposición Transitoria cuarta de la Ley Hipotecaria vigente, con los artículos 392, 396, 399 de la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, en relación con el artículo 353 *in fine* y Disposición Transitoria 5.^a del Reglamento Hipotecario vigente, aplicados al presente supuesto revelan inequívocamente que la inmatriculación de aquella finca ya se ha producido, aun cuando lo fuere por una inscripción en posesión, la cual, además, deberá convertirse en inscripción de dominio, como consecuencia de la extensión del asiento ahora pretendido.

Por otra parte, es cierto que —como invoca el recurrente— la propia inscripción de las transmisiones intermedias habidas hasta enlazar con el titular registral, facilitaría la rectificación del Registro en favor de aquél [vid. art. 40.a) de la Ley Hipotecaria]; no obstante, dada la concreción del recurso gubernativo a los extremos directamente relacionados con la nota de calificación (vid. art. 117 del Reglamento Hipotecario), no puede debatirse en el ahora entablado, si la titulación aportada (en especial las certificaciones expedidas por el secretario del Excmo. Ayuntamiento de Valladolid) reúne todos los requisitos legales necesarios para posibilitar el acceso al Registro de aquellas relaciones jurídicas inmobiliarias intermedias.

Curiosamente, la cuestión se plantea de nuevo y se insiste, dando origen a esta nueva Resolución que estamos comentando. Así, con fecha 10 de enero de 1996, el Gerente de la Universidad de Valladolid, don Gerardo Llama Herrero, expidió certificación a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, en el que se hace constar que la finca número 7 de la plaza de España de dicha ciudad, que se identifica con la registral 1.183 al folio 180 del tomo 844 del Registro de la Propiedad de Valladolid, y que figura inscrita la posesión a favor del excelentísimo Ayuntamiento de la misma ciudad, es de titularidad de la Universidad de Valladolid, según los documentos oficiales incorporados al expediente a su cargo, en virtud del proceso adquisitivo que describía.

El Registrador deniega de nuevo, ahora con mayor razón en cuanto que la finca se halla ya inscrita no sólo en posesión sino a título dominical en favor del Ayuntamiento, no siendo la certificación aportada título suficiente para la reanudación del tracto que se pretende.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León no admitió el recurso gubernativo por existir identidad tanto subjetiva como objetiva entre este recurso y el resuelto con fecha 11 de noviembre de 1992.

Naturalmente, la Dirección General ha tenido que confirmar el Auto apelado y reitera la desestimación del recurso en cuanto que confirma que la certificación administrativa no es medio adecuado para reanudar el tracto interrumpido, a la vista de los artículos 200 y 206 LH, sin que quepa admitir la alegación de que lo verdaderamente pretendido es inmatricular la finca por estar tan sólo inscrita en posesión, pues aún así la inmatriculación ya se habría producido y ahora con mayor razón, pues ya aparece el asiento convertido en inscripción de dominio en favor del Ayuntamiento.

La razón ya apuntada de que es preciso cancelar un asiento pre-existente y que la certificación administrativa no tiene esa posibilidad, es la razón fundamental para la nueva negativa.

En cuanto a la cuestión nueva que plantea el recurrente de que la certificación sería válida para basar la rectificación del Registro según el artículo 40.a) de la LH, tampoco se acepta y es igualmente lógico, pues no se han empleado ninguno de los tres cauces posibles. En realidad, si la finca está inscrita en favor del Ayuntamiento, bastaría una escritura y su correspondiente toma de razón. La segunda puerta es la reanudación del tracto por los medios establecidos en el artículo 200 LH, que son o expediente de dominio o acta de notoriedad, pero no certificación. En último término, el artículo 40 invocado acude a la resolución judicial ordenando la rectificación. Ninguno de los tres supuestos se han cumplido y por ello se confirma la calificación negativa de la certificación aportada.

F. C. D.

CAPITAL SOCIAL. REDUCCION DE CAPITAL. ANUNCIOS ARTICULO 165 LSA.—LOS ANUNCIOS DE REDUCCION DE CAPITAL, QUE PRECEPTUA EL ARTICULO 165 LSA, DEBEN EXPRESAR TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS QUE, SEGUN EL ARTICULO 164 DE LA MISMA LEY, DEBE CONTENER EL PROPIO ACUERDO DE REDUCCION DEL CAPITAL, ADOPTADO POR LA JUNTA; ES DECIR, LA CIFRA EN QUE SE REDUCE EL CAPITAL, FINALIDAD DE LA REDUCCION, PROCEDIMIENTO PARA LLEVARLA A CABO, LA SUMA QUE HAYA DE ABONARSE A LOS ACCIONISTAS, E INCLUSO, CUANDO NO SE TRATE DE UN SUPUESTO DE RESTITUCION INMEDIATA COMO EL PRESENTE, EL PLAZO DE EJECUCION DEL ACUERDO. (RESOLUCIÓN DE 30 DE OCTUBRE DE 1998. BOE DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

RESOLUCION de 30 de octubre de 1998 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Castellón de la Plana, don Antonio Arias Giner, contra la negativa del Registrador Mercantil de dicha ciudad don Salvador Mínguez Sanz, a inscribir una escritura de reducción de capital de una sociedad anónima.

Hechos.—I. El día 29 de marzo de 1996, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Castellón de la Plana, don Antonio Arias Giner, la sociedad «Esmaltes, Sociedad Anónima», elevó a público los acuerdos adoptados en la Junta General extraordinaria y universal celebrada el 12 de marzo de 1996, referentes a compraventa de acciones, reducción del capital social y modificación de Estatutos.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Castellón de la Plana, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 8 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el siguiente defecto que impide su práctica: Los anuncios del acuerdo de reducción publicados son incompletos, no contienen el plazo de ejecución del acuerdo ni la suma que haya de abonarse a los accionistas, en contra de lo exigido por los artículos 165 y 167.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Castellón, a 10 de julio de 1996.—El Registrador. Firma ilegible.»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que la Ley de Sociedades Anónimas y el Reglamento del Registro Mercantil imponen para ciertos actos sociales una determinada publicidad dirigida, según los casos, a los propios socios, a los acreedores sociales que puedan verse afectados por el acto realizado o a los terceros en general; pero el derecho de la sociedad a la confidencialidad de ciertos datos sociales hace necesario examinar en cada caso a quién va dirigida la publicidad del acto social, para así ponderar si procede o no una interpretación extensiva de las normas que regulan la misma. Que en el presente caso, se trata de un acuerdo tomado por unanimidad de todos los socios por el que la sociedad adquiere las acciones de dos de ellos, pagándose el precio con cargo a reservas de libre disposición, sin que medie restitución de aportaciones sociales y constituyendo al mismo tiempo la sociedad una reserva indisponible o reserva de capital por el valor nominal de las acciones, que a continuación se amortiza. Que no hay derecho de oposición de acreedores, lo que diferencia este supuesto del contemplado en la Resolución de 14 de julio de 1995, y hace que la interpretación de los requisitos de publicidad de la Ley de Sociedades Anónimas deba ser restrictiva para salvaguardar, en la medida de lo posible, la confidencialidad de ciertos datos sociales. Que en este tema es necesario citar la Resolución de 2 de marzo de 1993. Que por ello se considera suficiente y completa la publicidad dada a los acuerdos sociales tal y como queda recogido en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* de fecha 10 de abril de 1996, *Diario Mediterráneo* de 9 de abril de 1996, y *Castellón Diario*, de igual fecha.

IV. El Registrador Mercantil acordó mantener en su totalidad la calificación, e informó: Que la interpretación que hace el Notario recurrente no es compatible con la Ley, la jurisprudencia de la Dirección General, ni con la doctrina. Que todos los acuerdos de reducción de capital están sometidos a unos requisitos comunes, contenidos en los artículos 164 y 165 de la Ley de Sociedades Anónimas, que no distingue ni debe distinguir el Registrador, sobre si existe o no derecho de oposición por parte de los acreedores. Que son claros a este respecto los artículos 170.3 del Reglamento del Registro Mercantil y 168.3 de la Ley de Sociedades Anónimas. Que hay que tener en cuenta lo que afirma la Resolución de 8 de junio de 1995. Que según la doctrina, el círculo de titulares del derecho de información no puede quedar limitado a los

socios, ni a los acreedores, sino que alcanza a futuros inversionistas y, en general, a todos los interesados. Que la *ratio* del precepto debe ser el conocimiento público de la modificación de responsabilidad de la sociedad que la reducción del capital supone y, en caso de devolución de capital a los accionistas, la utilidad añadida a la publicación, será servir de término *a quo* del derecho de oposición de los acreedores. Que, conforme a lo anterior, el recurso queda centrado en los requisitos que deben contener los anuncios y que son los que señaló la Resolución de 14 de julio de 1995, de la valoración conjunta de los artículos 164 y 165 de la Ley de Sociedades Anónimas, y cuyo incumplimiento ha provocado la nota de calificación.

V. El Notario recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que una cosa es el acuerdo en sí, al que se refiere el artículo 164.2, y otra la publicación del mismo, contemplada en el artículo 165, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas. Al referirse a conceptos distintos hay que armonizarlos e interpretarlos, debiendo ponderarse en esa interpretación los intereses en juego, quienes son los destinatarios de la publicidad y la relevancia que para ellos pudieran tener ciertos datos. Que la Dirección General parece acoger esta postura en múltiples Resoluciones, entre ellas: 16 de febrero y 2 de marzo de 1993 y 14 de julio de 1995, en su fundamento 3.º Que también la doctrina hace tal diferencia. Que los múltiples requisitos que exigen las leyes y reglamentos tienen por finalidad principal garantizar la seguridad del tráfico jurídico mercantil y el mayor o menor rigor en la exigencia de esos requisitos, así como en su interpretación deberá tener esto en cuenta, de forma que pueda prevalecer la libertad de actuación de las sociedades si no se quiebra dicha seguridad en el tráfico. En el caso que se contempla, al no haber socios o acreedores (con derecho a oposición) y ser el Registro dirigido a terceros en general, se entiende que bien cabe una interpretación de los artículos 165 y 164.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que respete el derecho de la sociedad a la confidencialidad de ciertos datos sociales y a la inscripción de los acuerdos recurridos.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 164 y 165 de la Ley de Sociedades Anónimas; 170 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de 29 de julio de 1986, 16 de febrero de 1993, 28 de abril de 1994, 16 de enero, 8 de junio y 14 de julio de 1995 y 9 de enero de 1998.

1. En el supuesto de hecho a que se refiere este recurso, la Junta General de una sociedad anónima, a la que concurren todos los socios, adopta, por unanimidad, el acuerdo de comprar por parte de la propia sociedad, para su amortización y consiguiente reducción del capital social, determinadas acciones por el precio total de 155.001.600 pesetas, y, simultáneamente, el acuerdo de reducir el capital social con cargo a reservas de libre disposición, por un importe de 8.100.000 pesetas, mediante la amortización de tales acciones. Además, el importe del valor nominal de las acciones amortizadas se destina a una reserva indisponible de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social.

2. El Registrador aduce que los anuncios del acuerdo de reducción publicados en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en los periódicos son incompletos porque no expresan el plazo de ejecución del acuerdo ni la suma que haya de abonarse a los titulares de las acciones amortizadas.

3. Según la doctrina de este Centro Directivo (vid. la Resolución de 14 de julio de 1995), la necesaria ponderación de los intereses de los acreedores so-

ciales en la interpretación de los preceptos relativos a la reducción del capital social de una sociedad anónima, dada la significación jurídica de la cifra de capital, así como la valoración conjunta de los artículos 164 y 165 de la Ley de Sociedades Anónimas, conducen a la exigencia de que los anuncios del acuerdo de reducción contengan la suma que se abona al titular de las acciones amortizadas y el plazo de ejecución de dicho acuerdo (el segundo de los preceptos citados establece, de modo indubitado, que el objeto de publicación es el propio acuerdo de reducción y éste, por imperativo del artículo 164.2, habrá de contener, como mínimo, y entre otras circunstancias «el plazo de ejecución y la suma que haya de abonarse, en su caso, a los accionistas»). Es cierto que cuando la reducción del capital social es consecuencia de la obligada amortización de acciones que han sido previa y lícitamente adquiridas por la propia sociedad, de modo que la adquisición no sea un medio de ejecución de un precedente acuerdo de reducción, no puede afirmarse, en principio, que este acuerdo comporte restitución alguna a los socios, pues se trata de acciones cuya titularidad ostenta la propia sociedad y —sin perjuicio de lo establecido en el art. 75.3.º de la Ley de Sociedades Anónimas— la parte de patrimonio que queda liberada, que servía de cobertura a la cifra del capital social, no se atribuye a ninguno de los socios. Pero en el presente caso, la simultaneidad de ambos acuerdos y el indudable carácter unitario de la operación justifica que la exigencia debatida haya de ser respetada.

4. Finalmente, por lo que se refiere a la falta de referencia al plazo de ejecución del acuerdo en los anuncios publicados, no puede entenderse que se trate de un defecto de suficiente entidad para impedir la inscripción cuando, como acontece en el presente caso, se trata de una modalidad de reducción del capital social que tiene eficacia inmediata, toda vez que, al no gozar los acreedores de derecho de oposición, la modificación estatutaria se produce por la sola voluntad de la Junta General, sin perjuicio de los actos de formalización que competen al órgano de administración, como el reflejo contable de la reducción (con los consiguientes trasposos entre las cuentas de reservas y capital), su materialización en las acciones y la documentación en escritura pública de dicha variación del capital, que no condicionan la eficacia del acuerdo frente a los socios.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto, revocando la decisión y la nota del Registrador únicamente respecto del extremo referido en el último fundamento de Derecho, y confirmarlas en el resto.

Madrid, 30 de octubre de 1998.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Señor Registrador Mercantil de Castellón de la Plana.

Publicada en el *BOE* de fecha 24 de noviembre de 1998.

COMENTARIO

El supuesto de hecho contemplado en la presente Resolución es prácticamente idéntico al que resolvió la de 14 de julio de 1995; si bien existe una diferencia con relación a esta última: no es necesario que los anuncios men-

cionen el plazo de ejecución del acuerdo de reducción de capital porque no hay tal plazo. La reducción tiene una eficacia inmediata, al no existir derecho de oposición de los acreedores, que no se contempla en la Ley para los supuestos de reducción de capital por amortización de acciones propias, siempre que hayan sido adquiridas lícitamente.

Salvando dicha diferencia, se reitera la doctrina de la Resolución de 14 de julio de 1995:

«1. En el supuesto de hecho a que se refiere este recurso, la Junta general de una sociedad anónima, cuyas acciones pertenecen a un único socio, acuerda reducir el capital social mediante la amortización de acciones por un valor nominal de 69.350.000 pesetas con restitución de aportaciones a dicho socio mediante entrega de activos por un valor de 155.500.000 pesetas.

2. El Registrador aduce que los anuncios del acuerdo de reducción publicados en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en los periódicos son incompletos porque no expresan la suma que se abona al titular de las acciones amortizadas (equivalente a 155.500.000 pesetas), ni el plazo de ejecución del acuerdo.

3. La necesaria ponderación de los intereses de los acreedores sociales en la interpretación de los preceptos relativos a la reducción del capital social de una sociedad anónima, dada la significación jurídica de la cifra de capital, así como la valoración conjunta de los artículos 164 y 165 de la Ley de Sociedades Anónimas conducen a la confirmación del defecto. El segundo de los preceptos citados establece, de modo indubitado, que el objeto de la publicación es el propio acuerdo de reducción y éste, por imperativo del apartado segundo del artículo 164 de la Ley de Sociedades Anónimas, habrá de contener, como mínimo, y entre otras circunstancias, las ahora cuestionadas de la suma que ha de abonarse a los accionistas y del plazo de ejecución.»

En cuanto a las demás Resoluciones citadas en los vistos, su doctrina es la siguiente:

Resolución de 29 de julio de 1986. «CONSIDERANDO que por mandato legal el artículo 47.2.º de la Ley impone en el caso de compra por la Sociedad de sus propias acciones con cargo a los beneficios y reservas libres al tener que amortizarlas, y el artículo 101 de la misma Ley señala que en este supuesto no necesitan ser observados los preceptos sobre reducción de capital.

CONSIDERANDO que la norma de este artículo 101 ha originado una doble postura en la doctrina al interpretar su contenido, ya que, mientras unos autores entienden la necesidad de acuerdo social de reducción, y que en este artículo 101, al igual que el 99, dispensan del rigor legal que para esta operación —y en función de la garantía que para los acreedores supone la cifra de capital— (se establece en el art. 98), otros tratadistas afirman, por el contrario, que, no obstante, la literalidad del precepto controvertido, entender que en este caso se produce una reducción de capital supone una disminución de la garantía de los acreedores, sin ninguna contrapartida.

CONSIDERANDO indudablemente que al verificarse el reintegro a los socios de las acciones amortizadas con unos fondos que proceden de la parte de patrimonio desvinculado, queda a salvo el capital social, y de ahí que en alguna legislación —Derecho francés— esta operación no se considera como un supuesto de reducción de capital, y tenga su regulación específica en los artículos 209 a 214, Sección V del párrafo 2.º de la nueva Ley de Sociedades, mientras que en el Derecho alemán, en donde tal operación constituye una de

las formas de reducción de capital, la propia Ley de 1965, si bien, por una parte —al igual que en la Ley española—, establece no ser necesario el observar los preceptos sobre reducción, por otra —y en esto se diferencia de la nuestra—, obliga a ingresar en la reserva legal una cantidad equivalente a la cuantía de las acciones rescatadas, con lo que quedan protegidos los intereses de los acreedores, que no ven disminuida su garantía de cifra de retención en el pasivo social.

CONSIDERANDO que nuestra Ley, al no contener la precisión formulada por el Derecho alemán —recogida en el art. 53 de la Segunda Directiva del Mercado Común— se nos muestra incompleta en este punto y será necesario esperar a que la futura reforma en materia de sociedades consiga esta definición, pero sin entrar en las diversas soluciones ofrecidas al interpretar este artículo 101 de la Ley, que excederían del contenido de este recurso, es forzoso entender que, aunque no sea preciso observar las disposiciones del artículo 98 de la Ley, será necesario, en cambio, el acuerdo de reducción de la Junta, siempre que se combine esta amortización de acciones con el simultáneo aumento del valor nominal de las acciones que permanezcan subsistentes.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Acuerdo del Registrador, en cuanto al defecto primero de la nota, único controvertido.»

Resolución de 16 de febrero de 1993. «...La única cuestión a decidir en el presente recurso es la de si para la inscripción en el Registro Mercantil de la reducción del capital social realizada por vía de amortización de acciones adquiridas con cargo a beneficios y reservas de libre disposición, es preciso que se acompañe al correspondiente título, el balance de situación de la sociedad que sirvió de base a tal operación. Sostiene el Registrador que la protección de los acreedores —nervio de toda la regulación de la reducción del capital— exige que en el supuesto debatido se acredite la existencia de las reservas distribuidas, mediante el pertinente balance verificado, base de la operación.

Ciertamente, la protección de los acreedores debe presidir la interpretación y aplicación de la normativa relativa a la reducción del capital social, máxime cuando ésta tiene lugar con restitución de aportaciones a los socios; ahora bien, no debe exagerarse ese ánimo interpretativo imponiendo la observancia de requisitos no previstos específicamente, o extendiendo la aplicación de ciertas exigencias a supuestos distintos de los que determinaron su establecimiento. En efecto, el artículo 168.2 de la Ley de Sociedades Anónimas claramente concreta la exigencia de balance verificado, a las dos primeras hipótesis recogidas en el artículo 167 del mismo texto legal, y entre éstas y la ahora considerada, existen sustanciales diferencias, cuales son: a) Que en aquéllas, es la situación patrimonial de la sociedad —que permanece inalterada— la que sustenta y fundamenta la alteración del capital social; en cambio, en ésta, la modificación del capital social se decide exclusivamente en función de su propia entidad, con absoluta independencia de la situación patrimonial; y b) la inexistencia, en esta última hipótesis, de reducción de la cifra de retención del patrimonio social, dada la imperatividad de la reserva prevenida en el artículo 167.3 de la Ley de Sociedades Anónimas (indudablemente, esta reserva no cumple el mismo papel que el capital social —a efectos, por ejemplo, de distribución de resultados, reducción obligatoria por pérdidas, disolución forzosa, fijación de la reserva legal, etc.—, pero sí que garantiza a los acreedores anteriores a la reducción, la permanencia de la cifra de retención del patrimonio social que regía cuando adquirieron sus derechos).

Por otra parte, debe considerarse que si bien toda hipótesis de reducción con restitución de aportaciones a los socios implica una disminución del patrimonio social que sirve de garantía a los acreedores sociales (vid. art. 1.911 del Código Civil), no puede desconocerse la sustancial diferencia existente entre el supuesto en que la restitución de aportaciones reduce el patrimonio social por debajo de la cifra de retención representada por el antiguo capital social, y aquel otro en que tal reducción no traspasa este límite, diferencia derivada de la libre disponibilidad del patrimonio social excedentario respecto al pasivo exigible, el capital social y las reservas legales (vid. art. 213 de la Ley de Sociedades Anónimas), y que se refleja legalmente en la inexistencia del derecho de oposición en este último supuesto.

Es de destacar, en relación con la diferencia apuntada, que si en el supuesto de reducción de capital social con restitución de aportaciones que disminuyen el patrimonio por debajo de la anterior cifra de retención, la garantía registral del respeto al derecho de oposición, se reduce a la comprobación del transcurso del plazo de un mes entre la publicación del acuerdo pertinente y su ejecución, y de la inclusión en la escritura de la afirmación de que ningún acreedor ha utilizado su derecho de oposición o que se ha efectuado el pago o el afianzamiento de los créditos, en su caso (vid. art. 171.1 del Reglamento del Registro Mercantil), en el supuesto debatido se ha observado el indicado plazo, y media además la aseveración del otorgante de haberse reducido el capital con cargo a beneficios y reservas libres, y de haber quedado constituida la reserva prevenida en el artículo 167.3 de la Ley de Sociedades Anónimas.»

Resolución de 28 de abril de 1994. «...En el supuesto de hecho del presente recurso, la junta general de accionistas de determinada sociedad anónima, celebrada con carácter de universal, acordó por unanimidad reducir el capital social —que hasta entonces era de 80.000.000 de pesetas— en 60.000.000 de pesetas y, simultáneamente, ampliarlo en 80.000.000 de pesetas, con el objeto de restablecer la situación patrimonial de la sociedad mediante la compensación de las pérdidas acumuladas.

En la mencionada Junta general se acordó, también por unanimidad, que la reducción del capital social se realizara mediante la disminución del valor nominal de las ochenta mil acciones existentes en 750 pesetas, de modo que pasarían a tener un valor nominal de 250 pesetas. Asimismo, con el consentimiento de todos los accionistas, se acordó que la ampliación de capital se llevara a efecto mediante la elevación del valor nominal de las acciones, de suerte que pasaría a ser de 1.250 pesetas cada una de ellas. En el mismo acto de la reunión de la Junta, se suscribe el capital aumentado y se desembolsa íntegramente el valor nominal en que se eleva el de las ya existentes.

La Registradora atribuye a la escritura de elevación a público de los mencionados acuerdos el defecto consistente en la falta de acompañamiento de los anuncios de la reducción del capital exigidos por el artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas.

A juicio de la recurrente, no es necesaria la publicación de tales anuncios porque, dada la recíproca vinculación que existe entre la reducción y el aumento del capital acordado, se trata de un solo acto jurídico cuyo resultado es el aumento del capital sobre el inicial, por lo que la falta de anuncios no perjudica a los accionistas —que tomaron el acuerdo por unanimidad— ni a los acreedores, ya que el acto jurídico debatido les beneficia.

Ciertamente la significación del capital social como cifra de retención en garantía de acreedores exige que la protección de éstos presida la interpretación y aplicación de las normas relativas a la reducción del capital social y, en concreto, de la disposición del artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige la publicación del acuerdo de reducción en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en dos periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Y es verdad que pese a la simultaneidad de los acuerdos de aumento y reducción calificados, éstos conservan su autonomía conceptual y por ende, deberán ser observados los requisitos prevenidos inespecíficamente, para uno y otro.

Ahora bien, tampoco puede desconocerse las particulares características que de esta simultaneidad derivan para la global actuación llevada a cabo, cuales son: a) La inexistencia de restituciones patrimoniales a los socios por cuanto la reducción se realiza para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio social, lo cual excluye el derecho de oposición de los acreedores siempre que se cumplan los requisitos del artículo 168 (vid. art. 167.2.º de la Ley de Sociedades Anónimas). b) Que la cifra de retención en garantía de acreedores, resultante después de dicha actuación, no sólo no se reduce respecto a la preexistente, sino que se eleva. c) Que la ampliación es inmediatamente desembolsada, y en metálico, todo lo cual permite afirmar la neutralidad e irrelevancia para los acreedores sociales de la simultánea operación de reducción y aumento del capital social, haciendo innecesaria la publicación, en el caso debatido, del acuerdo de reducción.

Por último, debe ser rechazada la alegación de la Registradora acerca del interés de los acreedores sociales en conocer los eventuales cambios en la composición personal de la sociedad, pues (sin necesidad de apreciar ahora si dicha objeción tiene o no fundamento) en el presente caso el capital social aumentado —por elevación del valor nominal de las acciones ya existentes— se suscribe únicamente por quienes ya eran accionistas.»

Resolución de 16 de enero de 1995. «...1. El supuesto de hecho del presente recurso es el siguiente: La Junta general de accionistas de determinada sociedad anónima, celebrada con carácter universal, acordó por unanimidad, reducir el capital, que hasta entonces era de 10.000.000 de pesetas, en 8.000.000 de pesetas, con el fin de proceder a la devolución a dos socios de sus aportaciones, con amortización de las acciones de las que eran titulares. En la mencionada Junta general se acordó también por unanimidad el aumento del capital social en 8.000.000 de pesetas y en el mismo acto de la reunión se suscribe el capital aumentado y se desembolsa íntegramente el valor nominal de las nuevas acciones por una persona que hasta ese momento no era accionista, previa decisión de los socios de no ejercitar su derecho de suscripción preferente.

El Registrador atribuye a la escritura de elevación a público de los mencionados acuerdos el defecto consistente en la falta de acompañamiento de los anuncios de la reducción del capital exigidos en el artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas, y el que la reducción de capital no puede llevarse a efecto hasta que transcurra el plazo de un mes desde el último anuncio (art. 166 de la Ley de Sociedades Anónimas).

2. Se trata, por lo tanto, de un supuesto similar, en parte, al contemplado en la Resolución de 28 de abril de 1994, aunque aquí existe un matiz diferenciador. Se ha producido una restitución de patrimonio a alguno de los socios.

Como se ha indicado con anterioridad, la significación del capital social como cifra de retención en garantía de acreedores exige que la protección de éstos presida la interpretación y aplicación de las normas relativas a la reducción del capital social y, en concreto, de la disposición del artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas que exige la publicación del acuerdo de reducción en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en dos periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Y es verdad que pese a la simultaneidad de los acuerdos de aumento y reducción calificados, éstos conservan su autonomía conceptual y, por ende, deberán ser observados los requisitos prevenidos inespecíficamente para uno y otro.

3. No obstante, como se ha señalado también con anterioridad por esta Dirección General, cuando nos encontramos ante la reducción de capital y aumento simultáneos (en los términos del art. 169 de la Ley), el recíproco condicionamiento de la operación como un todo unitario, forzosamente produce una serie de consecuencias jurídicas, de tal manera que la posición de los acreedores puede quedar incólume en aquellos supuestos en los que, lejos de disminuir la garantía que supone la cifra del capital social, ésta al menos se mantiene e incluso, a veces (aunque no siempre el motivo sea la existencia de deudas sociales), se produce un saneamiento de la sociedad como consecuencia de las nuevas aportaciones realizadas. Es por ello que puede sostenerse que los requisitos de publicidad y el derecho de oposición regulados en los artículos 165 y 166 de la Ley de Sociedades Anónimas, se refieren a los supuestos de reducción del artículo 163 de la misma norma (y no en todos los casos —cfr. art. 167—), pero no a la hipótesis del artículo 169 que expresamente ha sido contemplada por el legislador como un caso particular.

4. Por lo tanto, dado que en este supuesto: a) la cifra de retención en garantía de los acreedores se mantiene; y b) la ampliación es inmediatamente desembolsada en metálico, la operación puede considerarse neutra para los acreedores, puesto que carece de consistencia el argumento del Registrador de que a los acreedores no les son irrelevantes los eventuales cambios de la composición personal del accionariado, pues ello supondría desconocer el carácter no personalista de la sociedad anónima y llegar a consecuencias un tanto alejadas del sentido común como el que tuvieran que cumplirse los requisitos de publicidad cada vez que un accionista vendiera sus acciones.

5. Respecto del segundo de los defectos (necesidad de que transcurra el plazo de un mes desde el último anuncio), una vez resuelto el primero en sentido negativo, no procede entrar en su examen.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, revocar la nota y el acuerdo del Registrador.»

Resolución de 8 de junio de 1995. «...La publicación de los anuncios de reducción de capital, previstos en el artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas, es imprescindible; incluso en el caso de que tal reducción venga justificada por la necesidad de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido como consecuencia de pérdidas... y ello en base a las siguientes consideraciones:

1. El artículo 165 LSA exige la publicación de los anuncios en todo supuesto de reducción de capital, sin distinción de la causa en que se funde. Incluso el artículo 168 —2— «parece confirmar la necesidad de publicación del acuerdo de reducción antes de la inscripción».

2. El que no exista derecho de oposición en favor de los acreedores, no permite afirmar que la operación sea irrelevante para éstos, puesto que disminuye la cifra de retención en su favor (Resolución de 28 de abril de 1994).

3. Las exigencias «específicas» de publicidad no necesariamente obedecen a la existencia «de un especial derecho individual de oposición, o separación u otra medida explícitamente contemplada en atención al contenido del acuerdo adoptado (vid. arts. 150, 263, 275, etc., de la LSA)» a lo que debe añadirse el “especial rigor” con que deben interpretarse las normas sobre protección de terceros en las sociedades anónimas.»

Resolución de 9 de enero de 1998. Declara inscribible la reducción de capital motivada por la necesidad de amortizar cierto número de acciones propias, que la sociedad había adquirido previamente, a pesar de no haberse observado el procedimiento que establece el artículo 170 LSA y no haberse respetado, por tanto, el principio de igualdad de trato entre los accionistas. La posible infracción de las normas a que está sujeta la formación de la autocartera no es materia calificable por el Registrador y no afecta a la validez del posterior acuerdo de reducción. Excepto que estuvieran pendientes de desembolsar: «Tan sólo en el caso de que las acciones a amortizar como propias figurasen en los asientos registrales pendientes de su desembolso total, la sanción legal de nulidad de su adquisición, en cuanto determinaría la inexistencia del presupuesto en que se basara el acuerdo de reducción: la titularidad de las mismas por la sociedad justificaría una calificación contraria a su inscripción...»

J. G. G.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

POT ELENA MÚGICA ALCORTA

HIPOTECA MOBILIARIA: NULIDAD DE LA CONSTITUIDA SOBRE BIENES PREVIAMENTE EMBARGADOS. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha decantado por declarar la nulidad absoluta de los contratos de hipoteca mobiliaria sobre bienes anteriormente embargados, aunque el embargo no haya sido anotado en el Registro especial, si el acreedor conocía la existencia del embargo al tiempo de constituirse el gravamen; así, la sentencia de 14 de octubre de 1965, dice que para apreciar el valor que deba otorgarse, respectivamente, al embargo primitivo decretado judicialmente, aunque no anotado en el Registro de la Propiedad Mobiliaria y a las hipotecas debidamente inscritas con posterioridad a aquél, es preciso tener en cuenta que según el artículo 1 de la LHMPSD de 16 de diciembre de 1954, «podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre los bienes enajenables que, respectivamente, se mencionan en esta Ley», entre los que, evidentemente, no puede encontrarse un bien que está precedentemente embargado por mandato judicial, como se confirma con lo establecido en el artículo 2.º del mismo cuerpo legal, a cuyo tenor «no podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados», condición esta que se adquiere jurídicamente desde el momento mismo en que la autoridad judicial lo decreta al margen y con absoluta independencia de su anotación en el oportuno Registro, que se establece en el apartado letra d) del artículo 68 de la misma Ley, que no puede condicionar su existencia, ni tener con respecto a ella un valor constitutivo. Doctrina que se reitera en la sentencia de 19 de abril de 1971 que, con cita de la de 1965, niega validez a la hipoteca mobiliaria constituida sobre bienes previamente embargados, conociendo los terceros esta circunstancia. La sentencia de 29 de marzo de 1993 apoya, *a contrario sensu*, esta misma solución, ya que si declara la validez de la hipoteca mobiliaria fue en razón a que el embargo trabado sobre los bienes fue posterior a la constitución de la hipoteca.

Nula con nulidad absoluta la hipoteca constituida sobre bienes previamente embargados, conociendo esta circunstancia el acreedor embargado, no cabe que tal contrato sea susceptible de confirmación, expresa o tácita, al amparo del artículo 1.311 del Código Civil, ya que la confirmación es sólo aplicable a los contratos anulables a que se refiere el artículo 1.300 del Código Civil, no a aquellos viciados de nulidad absoluta o radical.

Comentario.—El artículo 2 LHMPSD concuerda con el artículo 13, número 3 de la misma Ley, que exige en la escritura de hipoteca mobiliaria la declaración del hipotecante de que los bienes no están hipotecados, pignoralos ni embargados. Sin embargo, el requisito de hallarse los bienes libres de toda traba para constituir hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión no ha sido bien acogido por la doctrina. Así, POVEDA MARTÍN lamenta que no se permitan las hipotecas sucesivas sobre bienes de quizá cuantiosísimo valor. Otros autores admiten la constitución de la garantía sobre bienes gravados cuando lo consienta el acreedor, en cuyo interés se halla establecida la norma (GARCÍA GARCÍA), o cuando se pacte la condición suspensiva de la remoción del gravamen previo (LARRONDO LIZÁRRAGA, comentando esta sentencia en el *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 79, mayo-junio 1998, págs. 298 y 299).

La contravención del precepto produce la nulidad absoluta por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil (SSTS de 14 de octubre de 1965, 19 de abril de 1971, 3 de febrero de 1993, 3 de marzo de 1993, RDGRN de 16 de noviembre de 1972), si bien algunos sectores doctrinales se inclinan por la nulidad relativa (VALLET DE GÖYTISOLO y PUIG BRUTAU), o por la posibilidad de ejercitar la acción revocatoria (LALAGUNA).

Tratándose de bienes anteriormente embargados, se abre además un debate en torno al momento en que comienza la prohibición del artículo 2 LHMPSD. Se ha sostenido que la norma se aplica desde que se decreta la traba (SANTOS BRIZ, PUIG BRUTAU, PUIG PENA, VIOLA SAURET y la doctrina jurisprudencial de las SSTS de 14 de octubre 1965, 19 de abril de 1971 y la aquí reseñada de 23 de enero de 1998). Pero otra tesis (VALLET DE GÖYTISOLO, COSSIO, CAMY, SÁNCHEZ CAÑETE y POVEDA MARTÍN) defiende que la hipoteca constituida después del mandato judicial y antes de la anotación preventiva del embargo sería válida y de rango preferente.

TERCERIA DE DOMINIO: INTERPUESTA POR PERSONA JURIDICA. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1998.)

Desestimada la tercería de dominio por aplicación al supuesto contemplado de la doctrina jurisprudencial que, en determinados casos, permite penetrar en el *substratum* de la persona jurídica, tal aplicación no requiere negar la personalidad jurídica de la persona jurídica actora a la que han sido aplicados los bienes objeto de tercería por el deudor apremiado ni declarar la nulidad de la sociedad, sino que se trata, pura y simplemente, de declarar la inoponibilidad de ese acto de aportación de los bienes al acervo social frente a los acreedores del socio aportante que ven así alterado el régimen de responsabilidad universal de su deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil, quedando dicho deudor, como consecuencia directa de ese negocio jurídico de aportación, en una situación de insolvencia intencionalmente provocada.

POSESION: NATURAL Y CIVIL. TRADICION INSTRUMENTAL. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1998.)

Frente a la alegación del recurrente en casación de que la posesión adquirida en escritura pública únicamente puede ser posesión civilísima y nunca material, se afirma que el artículo 430 del Código Civil admite la posesión natural y la civil, y que el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil dispone 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, lo que supone que el comprador, desde la plasmación documental, ha entrado en la posesión del bien adquirido.

USUCAPION: BIENES DE DOMINIO PUBLICO. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1998.)

Los caminos o vías públicas tienen el carácter de bienes de uso público, teniendo en cuenta lo dispuesto en el actual Reglamento de Bienes de Entidades Locales de 13 de junio de 1986, y el artículo 74.1 del Texto Refundido de Régimen Local de 18 de abril de 1986, lo que les da un carácter de bienes imprescriptibles, salvo en el caso de que se produzca una desafectación, circunstancia esta que no ha logrado probar el interesado.

Pero es más, aún habiéndose dado en el caso litigioso una situación tácita de desafectación —se está hablando en pura hipótesis—, no hubiera transcurrido, ni con mucho, el tiempo preciso para consolidar dicha afectación, más el plazo necesario para la prescripción. Ya que dicha iniciación de plazo sólo hubiera podido empezar a correr a partir del año 1955, año en que entró en vigor el antiguo Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955, que estableció una posibilidad de desafectación de bienes de dominio público transcurrido el plazo de veinticinco años, y es entonces cuando hubiera empezado a contar el plazo de la prescripción adquisitiva.

OPCION: PLAZO DE EJERCICIO. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1998.)

El plazo para el ejercicio de la opción es un plazo de caducidad, como lo pone de manifiesto el artículo 14 RH y la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. En los supuestos de opción no se produce prescripción, sino que el derecho se extingue por estar caducado. El término de duración del derecho de opción de compra se integra como requisito para el ejercicio vinculante del mismo y, a su vez, como condición que determina su existencia, lo que resulta conforme a doctrina jurisprudencial.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1998.)

La identificación de la cosa reclamada, requisito de toda acción reivindicatoria o declarativa de dominio, es una cuestión de hecho y, como tal, sujeta a la libre apreciación de los juzgadores de instancia, que sólo puede ser com-

batida en casación por la vía de la denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba.

FE PUBLICA REGISTRAL: AMBITO. NO ABARCA LOS DATOS DESCRIPTIVOS DE LAS FINCAS.—ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA.—RECTIFICACION DEL REGISTRO: LEGITIMACION PASIVA. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1998.)

El ámbito protector de la fe pública registral no se extiende a los datos o circunstancias de mero hecho (extensión o cabida de las fincas, linderos de las mismas, etc.), sino sólo a los datos jurídicos (existencia del derecho real, titularidad y contenido del mismo).

La identificación de la cosa reivindicada (que constituye uno de los requisitos esenciales que condicionan la viabilidad de toda acción reivindicatoria) integra una cuestión de hecho de la libre apreciación de los juzgadores de la instancia y, como tal solamente susceptible de ser sometida a revisión casacional por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba.

En los casos en que se pretenda judicialmente la rectificación de alguna inexactitud del Registro de la Propiedad, la demanda habrá de dirigirse contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, según establece el antepenúltimo párrafo del artículo 40 LH, y es evidente que en dicha situación no se encuentran (en cuanto no les concede derecho alguno el asiento que se trata de rectificar) los que con anterioridad hubieran sido propietarios de la finca a que se refiere el aludido asiento.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS.—ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO.—FE PUBLICA REGISTRAL. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1998.)

Debe recordarse, según línea clásica de la jurisprudencia sobre la acción reivindicatoria, que la apreciación en cuanto a la justificación del dominio por las pruebas practicadas, así como la de los demás requisitos esenciales para el ejercicio fructuoso de la acción, es de la exclusiva competencia del órgano jurisdiccional de instancia.

Una escritura de cesión onerosa de solar a cambio de un piso a construir no integra, en sentido estricto, título apto para que, unido al modo, provoque traslación de dominio a favor del adquirente. En puridad civil, esa escritura pública podrá ser calificada, y la doctrina discute sobre ello, de contrato de permuta, de contrato societario, de contrato de aparcería inmobiliaria, de *emptio spei*, o de *emptio rei speratae*, pero nunca será una compraventa obligacional en los términos previstos en el artículo 1.445 del Código Civil, ya que es patente que la obligación asumida por la constructora de entregar un piso no supone una cosa determinada sino total y absolutamente indeterminada, con lo que nos encontramos con una indeterminación del objeto de la compraventa que, a su vez, implica ausencia de título susceptible de constituir el precedente que, unido al modo, consolida la propiedad.

El artículo 34 LH, a diferencia del artículo 38, no contiene una presunción *iuris tantum*, sino una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario porque así lo evidencia su tenor imperativo. En otras palabras y más

sencillamente, el tercero que adquiere confiado en los pronunciamientos registrales es inmune a cualquier acto de aniquilación del derecho de su transferente porque confía en el contenido tabular y como tal ha de ser protegido. Lo que ocurre es que, de entre los elementos integrantes de la protección derivada de la fe pública registral, el de buena fe tiene una formulación ciertamente presuntiva, pero como toda presunción que admite prueba en contrario desplaza la carga probatoria al contradictor, conforme al artículo 1.250 del Código Civil.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: FINALIDAD. REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1998.)

La acción declarativa de dominio es una acción que tiene como núcleo claro el constatar un derecho de propiedad y tiene como finalidad obtener la declaración judicial de que el demandante es propietario de la cosa, y como requisito esencial, entre otros, el constituido por la necesaria e imprescindible identificación y delimitación exacta de la cosa.

HIPOTECA: APLICACION DE LA LGDCU AL CONTRATO DE PRESTAMO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1998.)

Al caso litigioso relativo a un contrato de préstamo hipotecario procede aplicar, como norma supletoria de carácter general, la vigente Ley 24/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuyo artículo 10, apartado c), números 3.º, 4.º y 5.º (redacción originaria anterior a la introducida por la Disposición Adicional primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación) se recoge el espíritu de equilibrio equitativo entre las partes que debe presidir la contratación, evitando condiciones o interpretaciones abusivas o penalizaciones que no se correspondan con prestaciones adicionales, expresadas con la debida separación y claridad, y susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso.

RETRACTO DE COHEREDEROS: PAGO DEL PRECIO. PLAZO. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1998.)

Las condiciones de admisibilidad de los retractos son siempre cuestiones de hecho, por lo que corresponden a la competencia de los tribunales de instancia, a cuyas declaraciones habrá de estarse, salvo que pueda prosperar fundadamente su impugnación. Las condiciones o requisitos procesales de admisibilidad de las demandas de retracto se enumeran en el artículo 1.618 LEC, y el reembolso o pago efectivo del precio que figura en el artículo 1.067 del Código Civil viene referido, como precepto de derecho sustantivo, al resultado final del ejercicio del derecho de adquisición preferente, pero de ningún modo a los requisitos previos a la declaración o reconocimiento judicial de esta preferencia.

Para que comience a correr el plazo de caducidad legal de un mes, señalado para el ejercicio de la acción de retracto de coherederos, es requisito

indispensable que el retrayente tenga un conocimiento cierto, completo y total de todas las condiciones de la venta.

PROPIEDAD HORIZONTAL: FUENTES LEGALES.—CAMBIO DE DESTINO Y OBRAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1998.)

La LPH brinda una regulación que, por un lado, es suficiente por sí para constituir en lo esencial el sistema jurídico que presida y gobierne esta clase de relaciones comunitarias, hasta el punto de que la formulación de los estatutos no resultará indispensable, si bien éstos podrán cumplir la función de desarrollar la ordenación legal y adecuada a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones.

Esto que proclama el Preámbulo de dicha LPH es perfectamente aplicable a la contienda judicial examinada, puesto que no han sido aportados a los autos los estatutos de la comunidad, por lo que habrá de estarse, para regular el funcionamiento de la comunidad de propietarios, a las normas de su constitución.

Cuando en el título constitutivo de la propiedad horizontal se habla de apartamentos, se ha de catalogar como sinónimo de vivienda, y si no se establece prohibición alguna para modificar el destino de dichas viviendas en locales de negocio, se podrá realizar plenamente a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 LPH, el cambio de destino, siempre que no se contravenga con ello lo dispuesto en el artículo 7 LPH.

Todo lo antedicho está corroborado por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de 24 de julio de 1992, cuando en ella se dice que la Ley autoriza al propietario a la realización de obras en su piso que no alteren la seguridad ni la estructura general, ni su configuración o estado exteriores, y si además las obras son de carácter ino-cuo, respecto a los elementos comunes materiales y elementos comunes estéticos, basta para su realización dar cuenta al presidente de la comunidad.

El referido artículo 7 LPH significa una declaración de los derechos de disfrute del titular sobre su inmueble, otorgándole las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de la propiedad horizontal, que requiere una base material y objetiva.

El cierre de la terraza, que todos los apartamentos del edificio poseen, no altera el aspecto de la fachada, y su obligado derribo contravendría el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE, en relación a los otros propietarios. Todo lo cual hace innecesaria la entrada en juego del artículo 11 LPH, cuando en el mismo se exige el consentimiento unánime y favorable de todos los comuneros, puesto que las obras realizadas no modifican el aspecto exterior del edificio.

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: NO DEBE CEDER ANTE LA ACTIO FAMILIAE ERISCUNDAE. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1998.)

Hechos.—*Actio communi dividundo* sobre inmueble perteneciente, en cuanto a una mitad indivisa, a uno de sus primitivos adquirentes; y en cuanto a

la restante mitad indivisa, a la comunidad hereditaria del otro adquirente, sobre cuya herencia yacente ha sido promovido juicio universal de testamentaria.

Doctrina de la Sentencia.—Cabe solicitar el salir de la situación de indivisión ejercitando el instrumento *ad hoc* para ello, como es la *actio communi dividundo*, que en caso alguno puede ceder ante la *actio familiae erciscundae* que correspondería a lo que se supone una situación diferente, y que se deriva, lógicamente, de una distinta titularidad sobre la cosa común, como es en el caso examinado una mitad para su primitivo adquirente y la otra para la comunidad hereditaria.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU IMPUGNACION. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1998.)

El acuerdo de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, relativo al ejercicio de acciones para evitar la instalación de un garaje en el sótano del edificio, no puede ser eludido por mor de una vulneración del título constitutivo y de los estatutos o por constituir un dato impeditivo de la realización de una actividad permitida por las ordenanzas municipales. Ya que lo contrario supondría maniar la posibilidad de acceder a la jurisdicción y por ende el derecho a obtener una resolución fundada jurídicamente por el órgano jurisdiccional competente. Así se proclama en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 1984 el derecho al acceso a la jurisdicción como núcleo esencial de la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

El artículo 11 LPH se basa en la obligación que tienen todos los propietarios de los diferentes pisos y locales de conservar la esencia física de la finca; pero puede ocurrir que todos los propietarios estuvieran conformes en modificarla y, por ello, la Ley equipara este supuesto al de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, para lo que se necesitará, por tanto, la unanimidad de todos los propietarios, que se manifestará de forma expresa o tácita, y que fijará con exactitud la naturaleza de tal modificación.

El acuerdo unánime de todos los miembros de una comunidad de propietarios de realizar las obras de adaptación de un local del edificio para servir de garaje con finalidad de pública explotación, incluso aunque para ello tenga que destinarse parte de un elemento común, como es el portal, para el acceso peatonal al garaje, está dentro del derecho, estatutaria y administrativamente permitido, de dedicar un local del edificio al referido negocio, por lo que se puede afirmar la necesaria efectividad de dicho acuerdo.

TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1998.)

La acción de tercera de dominio, regulada en los artículos 1.532 y siguientes LEC, resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— solicita se declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alee el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercera de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituya la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero realmente, la verdadera

naturaleza de la tercera del dominio es de acción declarativa de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). La jurisprudencia insiste en una idea: la acción de tercera de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo. La sentencia de 5 de diciembre de 1994, dice claramente que la acción de tercera de dominio hay que calificarla como meramente declarativa de dominio.

La función procesal de la tercera de dominio es la invalidación e ineficacia del embargo producido, o, en otras palabras, el alzamiento de la traba, la revocación de la decisión judicial del embargo; con lo cual, la tercera de dominio es una acción cuya función es cambiar los efectos de una resolución judicial, en este caso dejar sin efecto el embargo, con el alzamiento de la traba que había sido acordada. Lo que conduce a otra conclusión: el auténtico —necesario y suficiente— *petitum* de la demanda de tercera de dominio es que se alce la traba sobre los bienes embargados y cualquier otra petición es accesoría.

No cabe la tercera de dominio sobre un bien cuyo embargo ha sido levantado, pues el objeto prioritario de las terceras es el levantamiento del embargo del bien trabado sobre el que aquél se proyectó. La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo es concorde, firme y sostenida en cuanto proclama que cuando la tercera es de dominio, queda a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo contra quien y como corresponda, según dicción literal del artículo 1.533 LEC y por el cauce procesal del juicio ordinario correspondiente.

ACCION REIVINDICATORIA: NO PUEDE EJERCITARLA EL COMPRADOR FRENTE AL VENDEDOR. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1998.)

Es reiterada doctrina jurisprudencial la de que el comprador no puede instar la acción reivindicatoria frente a su vendedor, pues no cabe el ejercicio de acciones reales entre las partes de un contrato, sino tan sólo el de las propias del negocio jurídico celebrado.

FE PUBLICA REGISTRAL: NO PROTEGE FRENTE A LA RETROACCION DE LA QUIEBRA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1998.)

La más reciente jurisprudencia establece que el carácter categórico del artículo 878 del Código de Comercio no ofrece dudas y establece una nulidad absoluta o de pleno derecho, y tanto la doctrina más autorizada como la jurisprudencia se han mostrado estrictos a la hora de su aplicación. El artículo 878 del Código de Comercio, agravando sin duda el contenido de los artículos 1.035 y 1.036 del Código de 1829, sus precedentes, determina de manera inequívoca la nulidad de todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado, en período comprendido dentro de la fecha de retroacción declarada y firme de la quiebra, nulidad radical *ipse legis potestate et autoritate*, a pesar de lo dispuesto en la LH y de la buena o mala fe en la

adquisición, inoperante en los casos a que se refiere aquel precepto. Las únicas matizaciones que aquella nulidad admite son las que están fuera de la lógica del precepto: los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y los que muestran que las operaciones en cuestión no fueron perjudiciales para la masa de acreedores.

La nulidad absoluta, con efectos *ex tunc*, del acto dispositivo otorgado en el período de retroacción de la quiebra, impide que éste pueda ser confirmado, subsanado o ratificado en forma alguna, frente a vicios o defectos subsanables de la escritura en que aquél se formaliza. De esta manera la nulidad rompe el nexo causal en cuanto al enlace de la negligencia del notario con el daño objeto de reclamación en una demanda de responsabilidad civil.

ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO.—TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1998.)

Es reiterada y uniforme la jurisprudencia interpretativa en el sentido de referir el momento de la justificación dominical del tercero a una fecha anterior a aquélla en que se realizó la diligencia del embargo, causante de la decisión restrictiva del tercero, que en la tercería se combate. El dominio sobre la cosa, necesario para ejercitar la tercería, sólo nace cuando concurren título y modo, consumándose el contrato con la entrega del precio y de la cosa. La demostración cumplida y patente de la propiedad que al tercerista corresponde en virtud de la distribución del *onus probandi* entre los litigantes, no puede basarse en documento privado que por sí solo no acredita la efectiva transmisión patrimonial pretendida, y para concluir que hubo entrega en el acto del otorgamiento del documento privado de la posesión de la cosa vendida, no puede partirse de suposiciones y deducciones, pues la acción de la tercería de dominio requiere para su viabilidad y acogimiento que el tercerista acredite el dominio pleno y excluyente.

La concurrencia de los requisitos del título y modo es necesaria para la adquisición de dominio en virtud de un contrato de compraventa. Adquisición que la sentencia recurrida en casación entiende no producida al no estar acreditada la puesta en posesión material de la cosa vendida a los compradores, y dado el carácter puramente obligacional de la compraventa instrumentada en documento privado.

RETRACTO LEGAL ARRENDATICIO URBANO: CABE LA CONSIGNACION MEDIANTE AVAL BANCARIO. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—No cabe ignorar que hoy el aval bancario constituye un instrumento ordinario de garantía de pago de la cantidad asegurada en los espacios económicos y se utiliza, y es admitido, para el cumplimiento de cualesquiera clase de obligaciones, incluso para las de naturaleza personal, debido a que, si tiene lugar el hecho generador del pago, el Banco avalista protege la realidad de la prestación, lo que supone el cumplimiento del objetivo de garantía en términos equivalentes al dinero o al talón conformado. La argumentación facilitada se define por la sustitución de la posición hasta ahora mantenida en la Sala Primera del Tribunal Supremo en esta materia, por otra

permisiva de la consignación del precio en el retracto mediante aval bancario, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil.

Comentario.—Vid. el que realiza F. RAMÓN FERNÁNDEZ, «La consignación del precio en el retracto: validez del aval bancario. A propósito de la STS (Sala 1.ª) de 15 de abril de 1998», en *Lunes* 4,30, núm. 250, 2.ª quincena, enero 1999, págs. 46-64, y número 251, 1.ª quincena, febrero de 1999, págs. 44-50.

APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS. (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1998.)

Hechos.—En 1965, mediante ajuste entre dos pueblos, uno de ellos reconoció al otro el derecho de abatir las aguas de un río durante turnos de aprovechamiento o alemas.

Doctrina de la Sentencia.—Tal ajuste equivale a una antigua forma de transacción que puso fin a contiendas y litigios y que por ello vinculó a ambas partes y que subsiste, no por la fuerza del Código Civil, sino por la fuerza del pacto que creó una regulación de las mantenidas como históricas por la vieja Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

No concebida la concordia como temporal, y generándose un aprovechamiento de aguas, su uso lo consolida, si bien que alterado el régimen jurídico de las aguas por las sucesivas leyes generales de 13 de junio de 1879 y 2 de agosto de 1985, el *ius variandi* le corresponde a la Administración, dado el carácter demanial de las aguas y la necesidad de utilizarlas al mejor servicio del bien común, y con sujeción a las leyes.

ACCION DE DESLINDE Y DE AMOJONAMIENTO: DIFERENCIAS. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1998.)

La acción de amojonamiento, o la actuación de amojonar o poner hitos o mojones en las líneas divisorias entre las propiedades, es un *facere* material posterior a la previa acción de deslinde, puesto que el deslinde tendente a delimitar las divisiones o las líneas divisorias entre los predios colindantes está perfectamente recogido en el artículo 384 del Código Civil, como una operación intelectual previa, para que una vez determinados cuáles son los límites de las respectivas propiedades en conflicto, se refleje en el terreno (ulterior, pues, operación material), su división a través de la colocación de hitos o mojones.

No procede la estimación de la acción de deslinde cuando ya existe el mismo, por lo que lo único que resta es el correspondiente amojonamiento.

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1998.)

Aunque en el momento de anotarse el embargo la titularidad de las fincas no esté inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del tercerista, es doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la anotación de embargo no puede oponerse al que con anterioridad ha adquirido el objeto de la traba, aunque no haya inscrito su derecho, ya que la traba no puede recaer sobre

bienes que no estén en el patrimonio del deudor, ni el acreedor embargante goza de la protección del artículo 34 LH.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CAMBIO DE DESTINO DE ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1998.)

Hechos.—En un local destinado estatutariamente a almacén o aparcamiento para vehículos, se instala una industria de fabricación de títulos luminosos.

Doctrina de la Sentencia.—Como emblemáticamente señala la sentencia de 17 de junio de 1993, los distintos elementos físicos o locales que integran un edificio sometido a las normas de la propiedad horizontal no podrán ser utilizados de manera distinta al destino que les adjudica el régimen de dicha propiedad horizontal y los títulos constitutivos de la misma, así como su regulación estatutaria.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.—CERTIFICACION DE CARGAS.—NOTIFICACION DE LA SUBASTA.—PUBLICACION DE EDICTOS.—CALIFICACION REGISTRAL. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El proceso judicial sumario del artículo 131 LH constituye un medio de realización del crédito real a través de una vía de apremio o proceso de ejecución en sentido estricto. Tratándose, en definitiva, de un procedimiento de apremio, y aún cuando su regulación se tiene que acomodar a las específicas reglas contenidas en el precitado artículo 131, ello no impide su sometimiento a las prescripciones propias de la LEC, la que, en cualquier caso, siempre será de aplicación supletoria.

Su naturaleza se corresponde, esencialmente, con la de un procedimiento de apremio, con lo cual, en razón a la indicada naturaleza, no cabe equipararlo a los procesos puramente contenciosos regulados en la LEC, hasta el punto de que teniendo en cuenta su específica regulación por las reglas casuísticas del artículo 131 LH y la observancia supletoria de la LEC, resultaría más acorde incardinarlo dentro del ámbito del artículo 418 LEC, en vez del general artículo 411, y ello, a pesar de que el meritado procedimiento hipotecario no termina con una sentencia firme.

Está fuera de toda duda la imposibilidad de apreciar en el procedimiento judicial sumario las sucesivas instancias a que se refiere el artículo 411 LEC y el instituto de la caducidad.

Carece de relevancia pretender establecer una comparación entre la anotación de embargo y la certificación librada a tenor de la regla 4.ª del artículo 131 LH, al tratarse de supuestos completamente diferentes, en tanto que la primera origina un asiento de carácter cautelar y sometido, por tanto, a un determinado plazo de caducidad, y la segunda tiene una significación de exigencia procedimental, tendente a acreditar los extremos concretos de los apartados 1.º y 2.º de la regla 4.ª

Tampoco puede hablarse de concurrencia de defecto en la diligencia de notificación de la subasta, pues el párrafo último de la regla 7.ª dispone que «el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor, con la misma antelación, en la finca o fincas subastadas», y en tal sentido, en

la escritura de préstamo hipotecario se señaló como domicilio el de la finca hipotecada, siendo inoperante la circunstancia de entenderse la diligencia con un vecino, en vez de con los deudores.

Igualmente no es de entender existiera defecto en la redacción de los edictos que convocaron a la subasta, puesto que los mismos contuvieron la dirección exacta del Juzgado y, por supuesto, la circunstancia de que en los publicados en el Boletín Oficial de la Provincia se señalara que la subasta iba a realizarse «en la Sala audiencia de este Juzgado», no puede considerarse como falta o ausencia de publicidad del acto.

Y, asimismo, no es de observar incumplimiento en el Registrador de la Propiedad respecto a su deber calificador por la inscripción registral de escrituras de compraventa con mención de estar las fincas libres de cargas y gravámenes, cuando sobre las mismas existía una hipoteca en fase de ejecución, pues, en primer lugar, la obligación calificadora del señor Registrador no llega al punto de tener que depurar el intrínseco contenido de los documentos, y, en segundo término, la subsistencia de la hipoteca no podía impedir el acceso registral de los posteriores actos transmisivos efectuados por el deudor hipotecario, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a los transmitentes.

Comentario.—Dentro del ámbito del procedimiento judicial sumario, dejamos de lado las afirmaciones de esta sentencia sobre su naturaleza como proceso de ejecución, para interesarnos por la figura de la caducidad de la instancia. Define GUASP esta institución del Derecho Procesal como la extinción del procedimiento que se produce por su paralización durante cierto tiempo en que no se producen actos procesales de parte. La figura está pensada, según RAMOS MÉNDEZ, para liberar a los Tribunales de una litispendencia indefinida y cerrar definitivamente los juicios que han permanecido inmóviles durante un plazo más o menos largo. Su aplicación no se produce «en toda clase de juicios», pese al tenor literal del artículo 411 LEC, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, sino que hay excepción expresa tratándose de «actuaciones para la ejecución de las sentencias firmes», ex artículo 418 LEC. Los procesalistas citados se inclinan por extender la excepción a todos los procesos de ejecución.

Por ello cabe destacar la precedente sentencia, en cuanto niega la caducidad de la instancia en el procedimiento judicial sumario, frente a pronunciamientos contradictorios que se habían ido produciendo a nivel de Audiencias Provinciales y Territoriales. La nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entra en vigor el 8 de enero del 2001, excluye en su artículo 239 la caducidad en la ejecución forzosa, incluida la que recae sobre bienes hipotecados o pignoralizados regulada en el Capítulo V del Título IV del Libro III, artículos 681 a 698.

TERCERA DE DOMINIO: FINALIDAD. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1998.)

Salvo la pretensión relativa a la nulidad del título que sirva de apoyo a la pretensión del tercerista, ninguna otra pretensión de fondo, que por constituir un objeto autónomo deba ventilarse por los cauces del juicio declarativo correspondiente, puede acumularse al objeto de la tercera determinada por ley; de modo que la acción rescisoria por fraude de acreedores, que tiene sus exigencias peculiares, de acuerdo con el artículo 1.111 del Código Civil, y su

marco propio de probanzas en atención a su naturaleza subsidiaria, en cuanto presupone un título inicialmente válido, ha de ejercitarse en proceso independiente fuera de la tercería de dominio, cuya finalidad va dirigida exclusivamente al levantamiento del embargo trabado sobre el bien en litigio, o lo que es lo mismo a sustraer bienes del procedimiento de apremio, por no pertenecer al apremiado. De esta exclusiva finalidad se desprende que el actor en la tercería de dominio tiene la obligación de justificar cumplidamente, además, de su condición de tercero, la titularidad del bien embargado, con anterioridad a la realización de la traba.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCION EXTRAJUDICIAL: INCONSTITUCIONALIDAD. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Conforme al artículo 117.1 CE, el contenido de la jurisdicción comprende, aparte otras funciones o poderes complementarios y subordinados, dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa que se conduce por el proceso de declaración y la actividad ejecutiva, por el proceso de ejecución. Ambas manifestaciones jurisdiccionales de declaración y de ejecución se desarrollan en el único marco posible del «Poder Judicial» que tiene carácter «exclusivo». El artículo 117.3 CE proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes. La confrontación de estos conceptos y criterios con la posible legitimidad preconstitucional de un procedimiento de ejecución «extrajudicial» arroja un resultado francamente contrario a la vigencia del referido procedimiento.

También la dicha oposición surge, obviamente, por contraste con el artículo 24.1 CE, que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Razonada la derogación postconstitucional del artículo 129, párrafo 2.º LH, huelga decir que los preceptos reglamentarios que traen causa del mismo siguen igual suerte al faltar el soporte legal que los explica, todo ello en virtud del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y de acuerdo con el artículo 6 LOPJ, que prohíbe a los Jueces y Tribunales que apliquen preceptos contrarios a la Constitución o a la Ley o al principio de jerarquía normativa. Pero resulta, además, que en el caso se conculca por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 CE, en relación con el artículo 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la «reserva de ley» que esta disposición constitucional prevé para «las normas de competencia y procedimiento».

Ejecutada la hipoteca en virtud de un procedimiento que se considera derogado por oposición con normas constitucionales, se declara la nulidad de las actuaciones seguidas, según tal procedimiento extrajudicial, sin perjuicio del derecho del acreedor hipotecario a instar la ejecución de la hipoteca por cualquiera de los medios admitidos en derecho.

Comentario.—Aunque la presente sentencia y la posterior de la misma Sala de 6 abril 1999, declaran la inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, la Sala Tercera, en sentencias de 16 y 23 de octubre de 1995, afirmó su constitucionalidad con ocasión de la reforma del mismo procedimiento, operada por Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entra en vigor el 8 de enero de 2001, modifica en su Disposición Final novena diversos artículos de la LH y, entre ellos, el artículo 129, permitiendo que en la escritura de constitución de la hipoteca pueda pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, venta extrajudicial que se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario.

Sobre esta materia, vid.: el texto íntegro de la sentencia y las intervenciones en la Mesa Redonda sobre la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial celebrada el 27 de mayo de 1998 en el Colegio de Registradores, en el Boletín número 38 (2.ª época), junio de 1998, págs. 1471-1786; resumen de dicha Mesa Redonda, en *Lunes 4,30*, número 235, 2.ª quincena, mayo 1998, págs. 12 y 13; comentarios de la sentencia por F. J. GARCÍA MÁZ, en *La Notaría*, número 5, mayo 1998, pág. 61, recogido en *Lunes 4,30*, número 244, 2.ª quincena, octubre 1998, págs. 23-28; por F. GASTÓN INCHAUSTI, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 48, septiembre-diciembre 1998, pág. 1157; por I. IGLESIAS CANLE, en *La Ley*, año XIX-98, número 4.696, pág. 1; Auto de 19 de noviembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que impide la inaplicación de la normativa por el Registrador, publicado en *Folio Registral* del CER de Granada, número 75, diciembre 1998, pág. 114, y en *Lunes 4,30*, número 249, 1.ª quincena, enero 1999, págs. 28-30; J. M. GARCÍA GARCÍA, «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca. Dos enmiendas impredecibles al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Lunes 4,30*, número 257, 1.ª quincena, mayo 1999, págs. 11-21.

TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1998.)

Hechos.—Tercería de dominio sobre los importes de unas primas a la construcción naval, que otorgaba el Ministerio de Industria y Energía, embarcados en procedimiento de apremio por débitos a la Seguridad Social.

Doctrina de la Sentencia.—Atendiendo a que en los artículos 1.532, 1.533, 1.535, 1.542 y 1.543 LEC, se utiliza la palabra «bienes», a diferencia del artículo 348 del Código Civil que sólo se refiere a «cosas» para poder ser objeto de la acción reivindicatoria, aquel vocablo resulta amplio y suficiente para albergar, en principio, bajo la protección procesal de las tercerías de dominio, los créditos, ya que también son susceptibles de embargo, conforme al artículo 1.447 LEC, y así lo ha entendido en alguna ocasión la Sala de Casación civil (sentencias de 25 de abril de 1967 y 21 de mayo de 1992).

Ahora bien, el artículo 1.532 LEC es exigente en cuanto a que la tercera promovida requiere necesariamente la prueba cumplida del dominio de los bienes objeto de la misma antes del embargo, lo que en el supuesto litigioso no sucede, pues el tercerista no adquirió la titularidad dominical del crédito, por tratarse no de propios créditos, sino más bien del contenido económico de las primas o subvenciones, cuya concesión oficial se supeditaba al cumplimiento de determinados requisitos administrativos y ejecución de obligaciones tributarias y para la Seguridad Social, siendo por tanto pagos expectantes que no producían integración segura y firme en el patrimonio del beneficiario hasta que no obtenía su efectivo abono en firme, ya que era entonces cuando se producía su plena disponibilidad patrimonial.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU IMPUGNACION. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1998.)

El plazo de convocatoria de la Junta de Propietarios que establece el artículo 15 LPH, varía si es en relación a la Junta ordinaria anual, que se deberá convocar con seis días de antelación, o a la Junta extraordinaria, cuya convocatoria se hará con la antelación suficiente para que sea posible que llegue al conocimiento de todos los interesados. El término «antelación suficiente» ha de interpretarse en relación al motivo de la reunión, por ello es preciso que se fije el contenido u orden del día de la Junta extraordinaria convocada. En el caso concreto se entiende que la comunidad avisó con la antelación suficiente, que bastaba, aunque el plazo de convocatoria no fuera precisamente extenso.

El artículo 16 LPH determina que cualquier comunero puede impugnar los acuerdos sociales ante la autoridad judicial y ejercitar la acción correspondiente dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiese estado ausente el que impugne. Cuando el plazo entre la fecha de la notificación y la demanda de impugnación supera con mucho exceso de los treinta días mencionados, decae la pretensión aunque el impugnante muestre su desacuerdo con la decisión de la junta por notificación remitida por conducto notarial dentro de aquel plazo.

ACCION DE DESLINDE.—ACCESION.—ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: REQUIERE LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL CONDOMINIO. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1998.)

El derecho a cercar las heredades, con mayor o menor eficacia que reconoce el artículo 388 del Código Civil, no excluye («setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo») el empleo de árboles marcados con señal identificatoria.

El artículo 359 del Código Civil es una manifestación de la fuerza expansiva de la propiedad del suelo que se concreta en la presunción lógica de que una plantación asentada sobre un terreno ha de entenderse que fue hecha por el propietario del terreno.

Cuando el actor no ha probado la existencia del condominio cuya declaración de propiedad, junto con la división de la cosa común, pide la falta de prueba de los hechos constitutivos de la pretensión, obliga, de conformidad con el artículo 1.214 del Código Civil, a la desestimación de la demanda. No cabe inferir de las dificultades de la identificación o deslinde, sin más, la indivisión, ya que han de utilizarse los medios previstos en los artículos 385, 386, 387 del Código Civil.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS DE TITULO DE DOMINIO Y DE IDENTIFICACION DE LA COSA. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1998.)

Es cierta la doctrina jurisprudencial que exige que el accionante que reivindica acredite su titulación sobre el terreno reclamado y que éste sea el mismo referido en el título.

MONTES VECINALES EN MANO COMUN. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1996.)

Los llamados montes vecinales en mano común son aquéllos de naturaleza especial que, con independencia de su origen, pertenecan a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales, y no como entidades administrativas, y vengán aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquéllos en su condición de vecinos.

De la normativa de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común, se desprenden las siguientes consideraciones verdaderamente significativas: por un lado, que la posible gestión o cesión de todo o parte de esos montes, y el establecimiento de cargas o gravámenes, corresponden a las comunidades titulares de los mismos. En efecto, según el artículo 5, la administración, disfrute y disposición de los montes vecinales en mano común corresponderá exclusivamente a la respectiva comunidad propietaria, la cual adoptará los acuerdos concernientes al uso o cesión de aprovechamientos mediante la mayoría de los partícipes. Y que incluso antes de la aprobación de los Estatutos —art. 6—, cualquiera de los partícipes podrá comparecer en juicio para ejercitar los derechos correspondientes a la propia comunidad. Es obvio, pues, que es la comunidad propietaria la que tiene, no sólo el poder o la titularidad correspondiente, sino las facultades de gestión, disfrute y disposición; sus acuerdos habrán de adoptarse por mayoría.

En torno a la necesidad de que existan los Estatutos a los fines de que se regule cuanto se especifica en el artículo 4.1 y a que en el caso de que no existan tales estatutos, el aspecto representativo estará fijado por una Junta provisional, se subraya que ambos aspectos son, o así debe valorarse, como presupuestos adjetivos o de formalización perfectamente acoplables a la relevancia jurídica de tales comunidades, pero sin que, por lo general, puedan enervar la posibilidad de que incluso antes de dicha constitución de Estatutos y de Junta provisional, la propia comunidad propietaria, que es la soberana tanto en la titularidad como en su decisionismo gestor o acervo de actos de gestión, pueda realizar los acuerdos de cesión correspondiente, sobre todo si se observa el carácter imperativo de la necesidad de que se acepten o acuerden por mayoría de los partícipes.

ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1998.)

Los documentos privados configuradores de la compraventa que en ellos se refleja han de ser considerados como un título obligacional privado de compraventa, que por sí sólo no puede generar la traslación del dominio del inmueble a que se refieren, al no haber sido acreditada la entrega de las viviendas, y de aquí que no quepa entender que los compradores habrían adquirido la propiedad de las mismas.

PROPIEDAD HORIZONTAL: TITULO CONSTITUTIVO. ESTATUTOS.—OBRAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1998.)

El título constitutivo para la configuración y titularidad de los distintos pisos y locales es la división de la propiedad horizontal. Lo que constituye el

título de propiedad de los adquirentes es la división de la propiedad horizontal, que es la base a partir de la cual adquieren, por título y modo, los pisos y locales, tal como constan en la escritura de división y existen en la realidad.

Los estatutos han de sujetarse a los límites establecidos por la Ley, cual se desprende del artículo 6 LPH. En consecuencia, si en el artículo 7, párrafo 1.º LPH, se habla de una previa dación de cuenta, sin más, a quien represente a la comunidad, parece que los estatutos no pueden ir más allá de lo dispuesto en tal concepto y supeditar el comienzo de las obras al acuerdo que adopte el presidente, aunque éste pueda, desde luego, denunciarlas si no se ajustan a las previsiones del referido artículo.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOBRE BIENES GANANCIALES.—FE PUBLICA REGISTRAL. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1998.)

Se decreta la nulidad de diligencias de notificación y venta en pública subasta en juicio ejecutivo por, entre otras razones, falta de notificación en forma procesal correcta al cónyuge del deudor. En caso de ejecución sumaria de bienes comunes, aparte de la exigencia del artículo 1.373 del Código Civil, de la notificación inmediata al cónyuge no deudor, el artículo 144 RH permite demandar a este consorte, resultando preciso notificarle la existencia del proceso y el embargo y su ejecución, con lo que se cubren las exigencias requeridas para la anotación registral, generando su ausencia la privación de protagonismo procesal, con las consecuencias que corresponden de nulidad y derivadas (sentencia de 2 de diciembre de 1994).

Resulta decisivo no haberse cumplido las exigencias del artículo 144 RH para salvaguardar los derechos del cónyuge respecto a su participación dominical en la finca ejecutada, pues el juicio ejecutivo se tramitó a sus espaldas y así lo viene exigiendo la doctrina jurisprudencial respecto a la viabilidad del embargo de bienes del común ganancial (sentencia de 16 de noviembre de 1990, que cita las de 26 de septiembre de 1986, 20 de marzo de 1989, y RRDGRN de 11, 20 y 21 de febrero de 1984 y 28 de marzo de 1989).

La protección que otorga el artículo 34 LH alcanza a los compradores en enajenaciones posteriores y sucesivas, al tratarse de terceros adquirentes en base a la legitimación dispositiva de quien resultaba titular registral y que hace válidas las adquisiciones onerosas llevadas a cabo al estar bajo el amparo del principio de la buena fe registral. Se mantienen los derechos de los terceros hipotecarios, cuyas adquisiciones no han quedado alteradas por las actuaciones previamente invalidadas, ya que no se demostró a lo largo del procedimiento que no hubiesen actuado de buena fe. Y al no decretarse la nulidad de las ventas referidas, procede la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

TERCERIA DE DOMINIO: EL TERCERISTA HA DE REUNIR LA CONDICION DE TERCERO. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1998.)

En todo proceso de tercera de dominio ha de quedar plenamente probado que el tercerista reúne la condición de tercero (no deudor) con respecto al crédito objeto del correspondiente procedimiento ejecutivo o de apremio (del que la tercera es una incidencia), cuya condición de tercero no concurre

cuando el procedimiento administrativo de apremio se sigue contra el tercerista en su calidad de deudor del débito fiscal objeto del mismo, sin que sea posible indagar en el repetido proceso de tercería si a él corresponde o no tal calidad de deudor, pues ello habrá de plantearlo en el aludido procedimiento administrativo de apremio que se sigue contra él o en el subsiguiente recurso contencioso-administrativo.

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1998.)

Hechos.—Instalación de una chimenea adosada y anclada en la pared posterior de un edificio ajeno.

Doctrina de la Sentencia.—La servidumbre legal de estribo de presa para la derivación o toma de aguas de un río o arroyo, o para el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas, que regula el artículo 554 del Código Civil, no guarda, ni siquiera remotamente, analogía alguna con la instalación de una chimenea industrial adosada a la pared de un edificio de viviendas.

La posibilidad de instalación de la chimenea litigiosa adosada a la pared de un edificio ajeno no sólo no es subsumible en ninguna de las servidumbres legales que regula el Capítulo II del Título VII del Libro Segundo del Código Civil, sino que del artículo 590 del Código Civil se desprende una conclusión contraria a la que pretenden los dueños de la chimenea, ya que dicho precepto lo que estatuye es, precisamente, las distancias que los artefactos que el mismo contempla (entre ellos, las chimeneas) deben necesariamente guardar de las paredes ajenas o medianera, pero en ningún caso permite que tales artefactos puedan ir adosados a dichas paredes ajenas.

PROPIEDAD HORIZONTAL: COMPUTO DEL PLAZO DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1998.)

Para la determinación de si la acción de impugnación de los acuerdos sociales contrarios a la Ley o a los estatutos se ha exteriorizado dentro del plazo fatal de caducidad de treinta días señalado en el artículo 16, norma 4.ª LPH, no se computa en el término el día inicial de adopción del acuerdo y, por consiguiente, si el acuerdo se adapta el 18 de abril, la demanda presentada el 18 de mayo lo es en tiempo hábil para ello.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: NO TIENE NATURALEZA CONSTITUTIVA. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1998.)

El embargo de inmuebles en vía ejecutiva sujeta los bienes sobre que recae al cumplimiento de la sentencia en cuya vía de apremio se toma. No constituye en modo alguno un derecho real, no altera la naturaleza del crédito, ni puede calificarse como lo que antiguamente se denominó hipoteca judicial. Pero da una preferencia para el cobro de la deuda cuyo pago se persigue, sobre cualquier otro derecho que haya nacido con posterioridad a la traba.

El acceso al Registro del embargo de inmuebles lo impone obligatoriamente la LEC (art. 1.453), pero no tiene naturaleza constitutiva, esto es, nace de

la decisión judicial válidamente tomada y no de su acceso al Registro; baste pensar que en nuestro derecho la inscripción no es obligatoria.

Pero si accede al Registro, por la vía de la anotación preventiva, avisa a los terceros que confían en el Registro, de su existencia y de que cualquier derecho sobre los bienes con anotación nacido con posterioridad a la fecha de ésta, tendrá su eficacia subordinada a lo que resulte de la preferencia que el embargo proporciona. En todo caso, los terceros registrales tendrán la protección que el artículo 34 LH da a quien adquiere derechos con todos los requisitos que este precepto exige.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO. OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES.—ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS.—ACCESION INDUSTRIAL EN INMUEBLE AJENO. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1998.)

Hechos.—La sociedad promotora y constructora de varios bloques, después de constituida la propiedad horizontal y vendidas las viviendas, construye locales y garaje en el subsuelo y pretende la modificación unilateral del título constitutivo de la propiedad horizontal.

Doctrina de la Sentencia.—Constituida la propiedad horizontal, el suelo, vuelo y cimentaciones —como dice el art. 396 del Código Civil— son elemento común que es copropiedad de los propietarios de cada piso o local, inherente tal copropiedad a la propiedad individual; el derecho de propiedad se extiende, en sentido vertical al vuelo y al suelo y en éste se incluye el subsuelo (se puede recordar el aforismo *usque ad sidera et usque ad inferos*, aunque actualmente no es tan absoluto).

La norma imperativa del artículo 16, norma 1.ª, párrafo 1.º, inciso 1.º LPH dispone que la modificación del título constitutivo sólo puede acordarse por unanimidad por la Junta de Propietarios; en ningún caso puede hacerse por decisión unilateral de la sociedad promotora y constructora del edificio, hallándose ya constituida la propiedad horizontal.

Todo el subsuelo, con los locales y garaje en él contenidos, es propiedad, como elemento común, de los propietarios en propiedad horizontal de las viviendas de los bloques y reúnen los requisitos que exige la jurisprudencia, en aplicación del artículo 348 del Código Civil, para que prospere la acción reivindicatoria: propiedad, no posesión e identificación de la cosa.

En el caso litigioso, la sociedad promotora construyó locales y garaje en suelo (subsuelo) ajeno y ello conduce al tema de la accesión. El principio que rige en materia de accesión es el de *superficies solo cedit*: el suelo (que incluye el subsuelo) es la cosa principal y el derecho de propiedad sobre el mismo se extiende a lo construido (como puede ser locales y garaje en sótanos) en él; así lo recoge el artículo 358 del Código Civil: lo edificado (estos locales y garaje en sótano) en predios ajenos pertenece al dueño de los mismos; y los artículos siguientes desarrollan este principio, previendo una indemnización, según buena o mala fe, a favor de quien pierde lo construido y a cargo de quien lo adquiere por accesión, a fin de evitar un enriquecimiento injusto. Los artículos 361 a 364 contemplan el supuesto que atañe al caso de autos: la construcción de locales y garaje por la sociedad promotora con capital y materiales propios en suelo (mejor dicho, en subsuelo) ajeno. La sociedad construyó con mala fe, conociendo que el subsuelo no era ya de su propiedad,

pues ya había vendido las viviendas de los bloques y había constituido éstos en propiedad horizontal, siendo evidente que el suelo es elemento común y pertenece a los propietarios, como propiedad inherente a su derecho individual (art. 396 del Código Civil). A su vez, los propietarios de las viviendas en propiedad horizontal las habían adquirido antes de la construcción de los locales y garaje en los sótanos de sus propias viviendas, por lo que es indiscutible que tal construcción se hizo a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse, ya que no consta oposición alguna en el tiempo en que se hacía, y el artículo 364 del Código Civil califica esta situación como de mala fe. Por tanto, débese entender que unos y otros —propietarios del subsuelo y constructora— actuaron, jurídicamente, con mala fe. El citado artículo 364 dispone que si en ambos ha habido mala fe, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubiesen procedido ambos de buena fe. Y este supuesto lo contempla el artículo 361 del Código Civil que da al dueño del terreno, es decir, a los propietarios de las viviendas en propiedad horizontal, la opción de hacer suya la obra (locales y garaje) previa la indemnización establecida en los artículos 453 ó 454 o a obligar al que construyó a pagarle el precio del terreno. Este no es aquel precio que tuviera cuando se constituyó la propiedad horizontal y los compradores ocuparon las viviendas, sino que se trata de una deuda de valor, es decir, obligación de pagar en dinero determinado valor, el del terreno: se debe pagar el valor, lo que significa el valor que tiene el terreno en dinero, prestación pecuniaria, en el momento en que se cumpla, cuando se pague en dinero tal valor.

COMUNIDAD DE BIENES. (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1998.)

Hechos.—Los propietarios de un conjunto residencial se constituyeron en comunidad civil que se regiría por el Código Civil y por los estatutos. En Junta General ordinaria acordaron la prohibición de construir más de una edificación por parcela, acuerdo declarado nulo por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997.

Doctrina de la Sentencia.—Tal comunidad no está constituida en propiedad horizontal, carece del título constitutivo imprescindible; expresamente se indicó, en su constitución, que se sometía al Código Civil, es decir, a los artículos 392 y siguientes, por lo que no procede aplicar la normativa que se halla en la LPH.

No se puede apreciar la indivisibilidad de fincas acordada por una asamblea de copropietarios, cuyas decisiones afectan solamente a los que aceptaron los acuerdos; no pueden imponer limitaciones al derecho de propiedad, que se presume libre, como dice la sentencia de 2 de julio de 1997. En el caso litigioso, los estatutos de la comunidad (ordinaria, romana o *pro indiviso*) no establecen tal indivisibilidad y el acuerdo que a ello se refiere ha sido declarado nulo.

USUCAPION CONTRA TABULAS DE DERECHO DE VUELO. REQUISITOS DE BUENA FE Y JUSTO TITULO. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1998.)

Hechos.—En el Registro de la Propiedad figuran inscritos el derecho de monte alto y bajo de encinas y el derecho de apostar sobre unas fincas. El

Ayuntamiento enajena dichas fincas en pública subasta a fin de construcción de chalets y establecimiento de zona de recreo. Los compradores ejercitan acción declarativa de la titularidad del vuelo adquirido por usucapión.

Doctrina de la Sentencia.—El derecho sobre el vuelo puede entenderse como una parte del derecho de propiedad o como un derecho real que recae en cosa ajena. En todo caso, el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad.

La usucapión se puede aplicar al derecho de vuelo sobre las fincas, inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de tercero; es el caso de la *usucapio contra tabulas* al que se aplicará la normativa de la usucapión del Código Civil por la remisión del artículo 36, párrafo 3.º LH, ya que los titulares registrales no tienen la consideración de terceros hipotecarios, en el sentido de la protección que les brinda el mismo artículo 36, párrafo 1.º

Se cuestiona el cumplimiento de los requisitos especiales de la usucapión ordinaria, el justo título y la buena fe. El justo título es el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate, como dice el artículo 1.952 del Código Civil; y añade el artículo 1.953 del Código Civil, que ha de ser verdadero y válido, y el 1.954 del Código Civil, que debe probarse. Se trata de un título que, como tal y en abstracto, es idóneo para la transmisión del derecho de propiedad u otro derecho real, como la adjudicación en pública subasta por una entidad de derecho público; que es verdadero y válido, pero que en el caso concreto adolece de un defecto que precisamente es salvado por la usucapión, pero por una causa externa al mismo, no produce la adquisición sino que ésta se da por usucapión. En el supuesto litigioso, que el Ayuntamiento no fuera titular del vuelo es lo que precisamente subsana la usucapión, que con harta frecuencia precisamente suple la falta de poder de disposición del transmitente.

En cuanto a la buena fe, definida en sentido negativo en el artículo 433 del Código Civil y en sentido positivo en el artículo 1.950 del Código Civil, es la ignorancia del defecto o creencia en que no lo hay, que subsana la usucapión; viene referida a «estado de conocimiento».

Concurriendo todos los requisitos de la usucapión ordinaria, se ha producido *contra tabulas*, pues no concurren en el usucapiente los requisitos de tercero adquirente que señala el artículo 34 LH respecto a usucapión consumada o cuasiconsumada que señala el artículo 36 LH, sino que se trata del supuesto típico contra tabulas en que unas personas —los usucapientes— han poseído con los demás requisitos de la usucapión el derecho que aparecía inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de otro, no tercero adquirente del artículo 34 LH, sino antiguo titular registral, y se aplica la normativa de la usucapión del Código Civil a tenor del artículo 36, párrafo 3.º LH.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1998.)

La acción reivindicatoria se puede definir jurisprudencialmente como la acción que puede ejercitar el propietario que no posee contra el poseedor que frente al propietario no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión.

Doctrina amplísima, pacífica y constante de la Sala Primera del Tribunal Supremo establece que para el éxito de la acción reivindicatoria es preciso

que concurran tres requisitos: *a)* que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama; *b)* la identificación exacta de la misma; y *c)* la detentación o posesión de la misma por el demandado.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU IMPUGNACION. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1998.)

Transcurrido el plazo de treinta días para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos de la Junta de Propietarios, caduca la acción correspondiente. El hecho de que para determinados acuerdos la LPH exija el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que baste el de la mayoría, no entraña que el acuerdo adoptado sin dicho requisito de unanimidad está viciado de nulidad radical o absoluta, pues la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene declarado que los acuerdos que entrañen infracción de algún precepto de la LPH o de los estatutos de la respectiva comunidad, al no ser radicalmente nulos, sino meramente anulables, son susceptibles de sanación por el transcurso del plazo de caducidad (treinta días) que establece la regla 4.ª del artículo 16 LPH, sin haber sido impugnados dentro de dicho plazo, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquier otra ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de su contravención o por ser contrarios a la moral o al orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al artículo 6.3 del Código Civil.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

RESPONSABILIDAD DE UN ABOGADO: OBLIGACION DE PRESTAR SERVICIOS CON COMPETENCIA Y PRONTITUD. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El hecho de no haber tenido el abogado éxito judicial en su cometido, no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad, con la consecuencia de imponerle la carga de probar que su hacer profesional había sido correcto. No existe norma positiva en nuestro Código Civil que tal efecto recoja, pues el artículo 1.183, que preceptúa la inversión de la carga probatoria para el deudor, se refiere a la pérdida de una cosa determinada debida, estando esta cosa en su poder, y tal regla no la extiende a las obligaciones de hacer en los preceptos siguientes. Una hipotética aplicación analógica del artículo 1.183 sólo sería posible cuando el hacer no se haya efectuado, pero es claro que esta situación no tiene nada que ver con la que se da cuando, por el contrario, el servicio se ha realizado, pero el acreedor

estima que defectuosamente. Es éste un caso de incumplimiento contractual, cuya prueba debe incumbir al que lo alega (art. 1.214 del Código Civil). Además ha de tenerse en cuenta que el abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados. Es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con la competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (art. 1.258 del Código Civil). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso.

RECURSO DE CASACION: SU ADMISIBILIDAD PUEDE EXAMINARSE DE OFICIO. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Los presupuestos procesales de admisibilidad del recurso de casación afectan al orden público procesal y han de ser examinados, incluso de oficio, por esta Sala, de tal manera que su falta dará lugar no sólo a la inadmisión a trámite del recurso en el momento procesal oportuno, sino que advertida aquélla al momento de la votación y fallo, tal carencia de alguno de esos requisitos de admisibilidad, se convierte en causa de desestimación del recurso, según reiterada jurisprudencia, siendo asimismo doctrina consolidada de esta Sala que no es dado sumar, a efectos de establecer la cuantía litigiosa que permite el acceso a la casación, las cuantías de la demanda principal y la de la reconventional, ya que cada una de ellas sigue un régimen independiente en cuanto a los recursos que proceden contra la sentencia que los resuelve.

CONCEPTO FUNCIONAL DE RUINA: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS INTERVINIENTES EN LA CONSTRUCCION. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Una continuada y uniforme doctrina de esta Sala puede compendiarse en los siguientes términos: se refiere la ruina no sólo a los defectos que hagan temer la próxima pérdida del edificio o que lo hagan inútil o inservible para la finalidad que le es propia, sino también a aquellos defectos de construcción que por exceder de imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, extendiéndose a vicios o defectos que afecten a elementos esenciales de la construcción, es decir, se entiende por «ruina» no sólo aquellos vicios que hagan temer la pérdida del edificio, sino también lo que se viene denominando «ruina funcional», es decir, el defecto que hace la edificación inútil para la finalidad que le es propia.

En el caso de autos, las celosías de los balcones y fachada del edificio presentan desperfectos generalizados, que no pueden catalogarse como simples imperfecciones, y por afectar a los balcones y fachada del inmueble, cabría estimarles de influyentes en elementos esenciales de la construcción.

En relación con la solidaridad, también la doctrina consolidada de la Sala se muestra partidaria de la misma cuando no sea factible individualizar la

responsabilidad correspondiente a cada profesional interviniente en la construcción.

LA BUENA FE EXIGIDA EN EL ARTICULO 34 LH, CONSISTE EN EL DESCONOCIMIENTO DE LA VERDADERA SITUACION JURIDICA DEL BIEN ADQUIRIDO. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La fe pública registral despliega su eficacia protectora a favor del tercer adquirente que, de buena fe, contrata confiando en lo que publica el Registro, aunque éste sea inexacto, por lo que el hecho de que la subasta (por la que adquiría el piso la persona que luego la vende a los adquirentes) hubiera sido declarada nula antes de que los terceros adquirieran el piso, no puede afectar en modo alguno a dichos terceros adquirentes, los cuales desconocían en absoluto la referida declaración de nulidad, la cual, obviamente, no constaba en el Registro, pero es que incluso el transmitente (rematante de la subasta) también desconocía cuándo vendió el piso la expresada declaración de nulidad.

La adquisición *a non domino* es la manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario, aunque en la realidad extrarregistral el transmitente no fuera dueño del piso.

En el motivo cuarto se alega falta de buena fe en los adquirentes del piso, cuya carencia de buena fe pretende hacerla consistir el recurrente en la simple alegación de que no se concibe que dichos adquirentes, antes de decidirse a comprar el piso, no fueran a visitarlo y a conocer las características del mismo, y si lo hubieran hecho, parece querer decir el recurrente, habrían comprobado que dicho piso estaba ocupado por él y su familia.

El expresado motivo ha de fenecer, ya que la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para dispensar la plena protección de la fe pública registral al tercer adquirente, consiste en el desconocimiento por dicho tercer adquirente de la verdadera situación jurídica del derecho adquirido, o lo que es lo mismo, en la ignorancia por el tercer adquirente de la inexactitud registral, presumiendo el referido precepto la buena fe del tercer adquirente mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario, conforme a los requisitos que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el acto adquisitivo del tercer adquirente (presunto tercero hipotecario) ha de ser necesariamente válido, pues dicho precepto sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA: NO REQUIERE UNA ACTITUD DOLOSA DEL INCUMPLIDOR. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina más reciente de la Sala viene proclamando que la resolución, a tenor del artículo 1.504, no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria

obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó y siendo aconsejable la resolución en los que concurren el impago prolongado, duradero, injustificado o quedar frustrados el fin económico-jurídico que implica el contrato y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable, asimismo, mantener el pacto, en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa.

UN CONTRATO OBLIGACIONAL PACTADO «A PERPETUIDAD» ATENTA AL ORDEN JURIDICO Y POR TANTO SU CAUSA ES ILICITA. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Un contrato se entiende estipulado por tiempo indefinido o indeterminado cuando el mismo carece de pacto alguno de vigencia temporal, o lo que es igual, cuando no contiene pauta contractual alguna que permita conocer la verdadera intención de las partes acerca de la duración del mismo.

Es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias de 19-12-1985 y 16-2-1990, entre otras), la de que determinados contratos pactados por tiempo indeterminado o indefinido (entendidos dichos términos como sinónimos y expresivos de no fijación de plazo de vigencia contractual) no adolecen de vicio de nulidad, si bien cualquiera de las partes podrá darlo por terminado, mediante la renuncia o revocación unilateral del mismo, sin perjuicio de las consecuencias, singularmente indemnizatorias, que podrán acompañar a la actuación de la parte que decidiera abusivamente o con mala fe la resolución o extinción del vínculo.

Pero el supuesto que aquí nos ocupa no es incardinable dentro de la expresada doctrina jurisprudencial, ya que se estipuló prácticamente la duración del mismo a perpetuidad, la cual es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la voluntad del deudor contraria al orden público, teniendo declarado la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1985 que la perpetuidad es, salvo casos excepcionales, opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico, y por tanto se ha teñido de ilicitud la causa del referido contrato.

NO BASTA UN MERO INCUMPLIMIENTO PARCIAL PARA LA RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala que la determinación de si ha habido incumplimiento y, en caso de que sea mutuo, quién es el primer incumplidor, así como si ello justifica el de la otra parte, es cuestión de hecho cuya apreciación y valoración corresponde a los órganos de instancia.

No basta el mero incumplimiento parcial para la resolución del contrato, pues que, en homenaje al respeto al mismo, ha de patentizarse de forma indubitada una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o bien la producción voluntaria de un hecho obstativo, definitivo e irreformable que impida su cumplimiento.

Se estará ante la falta de entrega o de entrega de cosa distinta y no en la entrega con vicios ocultos, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: SI NO HAY CULPA DEL DEMANDADO, HA DE EXCLUIRSE SU RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte del demandado, sino que el mismo fue debido exclusivamente a una actuación negligente o descuidada del propio perjudicado, ha de excluirse la responsabilidad de dicho demandado.

EL PROBLEMA DE LA CARGA DE LA PRUEBA ES EL PROBLEMA DE LA FALTA DE PRUEBA. (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo parece desconocer el concepto de la carga de la prueba: ésta prevé en quién recaen las consecuencias de la falta de prueba de hechos base de las pretensiones alegadas, no ordena quién debe probar y qué debe probar, sino que la parte sufre las consecuencias de la falta de prueba de los hechos que constituyen el fundamento de su pretensión; es conocida la frase de la doctrina alemana «el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba».

Es reiterada y notoria doctrina de esta Sala la de que la supuesta infracción del artículo 1.214 del Código Civil sólo puede ser invocada en casación cuando, ante la falta de prueba de un hecho concreto, la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta la regla distributiva del *onus probandi* que tal precepto contiene, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, pero nunca cuando la Sala de instancia considere probado el hecho en cuestión.

EL VENDEDOR DE UNAS VIVIENDAS NO PUEDE ESCUDARSE EN EL INCUMPLIMIENTO DE UNA CONTRATA RESPECTO A EL. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El vendedor no es árbitro de cumplir un contrato cuando le convenga o interese o pueda, supuesto el cumplimiento del comprador de sus obligaciones. El vendedor no puede escudarse en el incumplimiento de la contrata respecto a él, porque le es imputable frente al comprador por haberla elegido, es un suceso que ocurre en el círculo de las actividades

empresariales sujetas a su control, no externo, imprevisible o inevitable (fuerza mayor).

El incumplimiento de la Compañía vendedora es patente y notorio, al año y medio de firmarse un contrato no había cumplido con su obligación de entrega. La conducta del comprador no tiene en modo alguno por qué ser la de aquietamiento a esa situación.

No es precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstaculizadora al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó.

El vendedor ha de cumplir conforme a lo pactado: sólo puede liberarse de las consecuencias del incumplimiento si prueba la concurrencia de causa a él no imputable, sin que sea necesario bucear en el interior de sus profundidades anímicas para ver por qué no cumple.

RECURSO DE CASACION POR VULNERACION DE DOCTRINA LEGAL: BASTA CITAR UNA SENTENCIA SI EL TS CAMBIA DE CRITERIO. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Aunque es regla general que, cuando se fundamenta un motivo de casación en la vulneración de la doctrina jurisprudencial, habrán de citarse al menos dos sentencias (SSTS de 30 de diciembre de 1991, 16 de noviembre de 1994 y 3 de abril de 1995, entre otras), basta una sola cuando el Tribunal Supremo cambia de criterio con específica declaración al efecto sobre la nueva doctrina.

LA RETENCION A CUENTA DEL IRPF QUE PRACTICAN LAS EMPRESAS ES UN PAGO POR CUENTA AJENA, QUE LE ES UTIL A LA PERSONA A QUIEN CORRESPONDE HACERLO. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Una empresa indemnizó, por cese, a un consejero de la misma con 33 millones, sin retenerle nada por el IRPF. Sometida a inspección fiscal la empresa, pagó como retención hecha a dicha persona más de siete millones y medio. La empresa demanda al ex-consejero, reclamándole lo que pagó por el concepto de retención. La demanda se estima.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente caso se trata de un litigio interpuesto en vía civil en donde se ejercita una acción de reembolso por parte de quien pagó una obligación —empresa— que era a cargo de otro —el demandado trabajador— y por ello se apoya la acción en el artículo 1.158 del Código Civil, sobre el pago hecho por tercero con utilidad para el deudor, por lo que en derecho sustantivo es menester comprobar si los presupuestos de ese reembolso se cumplen como son: Obligación de pago a cargo del deudor, pago anticipado por la empresa, beneficio o utilidad de dicho pago.

No es posible entender que, con independencia de que sea cierto que la retención es una anticipación de ingresos a favor de Hacienda Pública y que esa obligación de anticipar el ingreso recae en la empresa, sea una obligación exclusiva a cargo de dicha empresa, puesto que las indemnizaciones que se perciban en virtud de cese voluntario, en la parte que excede del mínimo marcado por la legislación laboral, estarán sujetas al impuesto correspondiente y a la correlativa retención.

Es inexacto que no se den los requisitos del artículo 1.158 del Código Civil, habilitante del reembolso postulado, puesto que existe una deuda ajena, sin perjuicio de la obligación que tenga la empresa de anticipar su importe; la deuda es válida y exigible, y por lo tanto la retención procedía de la indemnización abonada; el pago a Hacienda no se produce por el error inexcusable; es inexacto que el pago no aproveche o fuese útil a la persona a cuyo cargo debía corresponder.

Dentro del derecho fiscal acaece la posible exoneración de responsabilidad, si es que se hubiese acogido o utilizado por el contribuyente, lo que se denomina en la técnica específica al respecto «la elevación al íntegro», en aplicación de lo dispuesto en el artículo 60 del Reglamento 1841/91, supuesto de hecho que, en su divulgación más elemental, equivale a que si el trabajador recibe de la empresa una indemnización de 1.000.000 de pesetas, sujeta y no exenta del IRPF, que no se practica por la empresa retención, cuando debería haberlo hecho al tipo, por ejemplo, del 20 por 100; el trabajador entonces se entiende fiscalmente que percibe cantidad neta de retención, al declarar la indemnización percibida más la retención legal establecida y no practicada; en definitiva, es claro que no habiéndose acreditado que por parte del trabajador hubiese actuado a tenor de dicho posibilismo, de clara connivencia con el objetivo lícito de la recaudación exacta e íntegra por parte de Hacienda de estos impuestos, tampoco cabe entender que quedará exento de la repetición o repercusión de la retención llevada a cabo por la actora.

EL JUEZ NO ESTA OBLIGADO A UTILIZAR LA PRUEBA DE PRESUNCIONES. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Establece la jurisprudencia de esta sala que el artículo 1.253 autoriza al juez, mas no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso de la misma para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en autos, no se infringe dicho precepto (sentencias de 21-12-1990 y 6-6-1997). Asimismo enseña que la prueba de presunciones no puede identificarse con los *facta concludentia* ni con las máximas de la experiencia, deducciones o inferencias lógicas, basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias determinantes de conclusiones razonables en orden normal de convivencia (sentencias de 4-7-1996 y 7-3-1997).

EL DOLO PUEDE COMBATIRSE MEDIANTE ACCION O EXCEPCION. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El dolo —sinónimo de engaño malicioso— no puede quedar impune, pues las formas de ejercicio de los derechos subjetivos no se operan únicamente a través de acciones propiamente dichas (posición procesal del demandante), sino también a través de las correspondientes excepciones que contrarrestan la acción contraria y que responden a la posición procesal del demandado. Y es esta la razón, como dice la sentencia de 13 de octubre de 1989, de que ya el pretor en el Derecho Civil Romano concedía contra el doloso los recursos procesales precisos para dejar el contrato sin efecto, recursos que eran la *actio doli* contra el culpable del engaño, cuya

finalidad era reclamar la indemnización de todos los daños sufridos, pudiendo determinar también la revocación del negocio, y la *exceptio doli*, con la cual el defraudado podía defenderse contra la acción que entable la otra parte para exigir el cumplimiento del negocio jurídico viciado.

LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS TIENE EL CARACTER DE DEUDA DE VALOR. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—La indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios tiene el carácter de deuda de valor y su cuantía ha de determinarse con referencia, no a la fecha en que se produzca la causa determinante del perjuicio, sino a la en que se liquidó su importe en el período de ejecución de sentencia, con mayor razón si el perjuicio es continuado o permanente en el tiempo.

Emerge como un predicado de justicia satisfactiva, que el perjudicado por el daño sea resarcido del quebranto inferido en su valoración dineraria, no por la suma en que se evaluó el mismo cuando se produjo, sino por la equivalencia al momento del pago o resarcimiento, colmando de correcta compensación el quebranto devaluatorio de la moneda, en particular cuando entre ambos actos, el de producción del daño y el del pago ha transcurrido un cierto lapso de tiempo relevante.

CONTRATO DE «LEASING»: DIFERENCIAS CON LA COMPRAVENTA Y CON EL PRESTAMO. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de arrendamiento financiero (leasing), como dice la sentencia de esta Sala de 28-11-1997, es una institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América y plenamente incorporado a nuestro tráfico económico y comercial. Es un contrato complejo y en principio atípico, regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil. Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la Disposición Adicional 7.ª en su apartado 1.º de la Ley de 29-7-1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término a favor del usuario.

Se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos con reserva de dominio, ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta.

Contrato igualmente distinto del préstamo de financiación a comprador, regulado en el párrafo 2.º del artículo 3 de la Ley de 17-7-1965, por tratarse

en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario.

Es decir, no es una operación crediticia, sino un arrendamiento de cosa y una opción de compra. Una vez resuelto por arrendador y arrendatario, no cabe que el arrendador, *a posteriori*, pretenda resucitar el contrato ya extinguido y exigir una cláusula penal durísima.

CLAUSULA PENAL: ES UNA PRESTACION A LA QUE SE OBLIGA EL PROPIO DEUDOR (NO UN TERCERO), PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO O RETARDADO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Los cónyuges don I. y doña M eran propietarios de un piso. El hijo de éstos, diciendo que era su mandatario verbal, lo vendió a don L., comprometiéndose a pagar una cierta suma si el contrato no pudiera llevarse a efecto. Los propietarios vendieron el piso a otra persona. Don L. demanda al hijo de los vendedores y la demanda se estima.

Doctrina de la Sentencia.—La denominada «pena convencional» (y la cláusula penal es una de sus modalidades) es aquella prestación que el deudor (el mismo deudor, no un tercero) se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal.

Al consistir la llamada cláusula penal (como toda pena convencional de la que aquélla es una modalidad) en la prestación que el deudor (el mismo deudor, no un tercero) se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retardado de la obligación principal, lo pactado en el contrato privado no puede merecer la conceptualización jurídica de cláusula penal, pues no fue una obligación contraída por los propios deudores, sino que se trata de una obligación autónoma y personal, asumida directamente por un tercero (el hijo de los supuestos vendedores).

Conforme al párrafo 2.º del artículo 1.155 del Código Civil, la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

J. Q. S.

NO CABE REVISION DE LA VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL EN CASACION. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina.—No es motivo de casación el error de hecho. No cabe realizar una valoración parcial y personal de la prueba, pues se convertiría este recurso extraordinario en una tercera instancia. Cabe recordar que, por principio general, la prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada, valorable por el Juzgador según su prudente criterio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido, ni el artículo 1.242 ni el 1.243 del Código Civil, junto con el 632 de la LEC, tienen el carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es, recordemos, de libre apreciación por el Juez. Y es que las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser entendidas

como las más elementales directrices de la lógica humana y por ello es extraordinario que pueda revisarse la prueba pericial en casación, pues el Juez ni siquiera está obligado a sujetarse al dictamen pericial, pudiendo sólo impugnarse en el recurso extraordinario la valoración realizada si la misma es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculca las más elementales directrices de la lógica.

«LEASING» ES UN CONTRATO ATÍPICO QUE NO DEBE CONFUNDIRSE CON EL DE PRESTAMO. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—El motivo de casación trata de que se califique como usurario cinco contratos de *leasing* financiero, no en función de los intereses pactados, sino de la cláusula contractual que regula el supuesto de incumplimiento de las obligaciones de pago. Con las cantidades ya abonadas con anterioridad y las que debe de abonar la sociedad recurrente como consecuencia de la aplicación de aquella cláusula, llega la misma a la conclusión de que los intereses son usurarios. Pero es obvio que se confunden dos cosas; los intereses pactados de la operación, y la pena por incumplimiento. Aquéllos, no hay duda para la Audiencia y la recurrente que son normales, luego no pueden quedar desnaturalizados por la cláusula de vencimiento anticipado, que tiene que ser objeto de un tratamiento casacional distinto, tratamiento que no aparece en este recurso.

Por otra parte, centrado el motivo en la sola infracción de la Ley de 23 de julio de 1908, no se adivina qué relación guarda con él las quejas del recurrente, cuando no ha combatido la calificación de los contratos como de *leasing* financiero que hace la Audiencia, y que como tales gozan de una tipicidad legal y jurisprudencial que no los identifica jurídicamente con el préstamo, que es al que se refiere el precitado artículo 1.

EXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN EL EJERCICIO DE LA ACCION DE RESCISIÓN DE UNA COMPRAVENTA AL NO HABERSE DEMANDADO AL ACTUAL PROPIETARIO DEL INMUEBLE. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1999.)

Hechos.—Denuncia el Banco Bilbao Vizcaya, S. A., para tachar de incongruente la sentencia que combate, toda vez que acogió la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a la que aparece como actual titular de la vivienda controvertida y sobre la que se proyecta la acción rescisoria ejercitada en la demanda.

Doctrina.—La excepción de litisconsorcio pasivo es controlable de oficio por afectar al orden público procesal conforme consolidada y suficiente reconocida doctrina jurisprudencial, lo que determina que se haya de pronunciar sentencia absolutoria en la instancia, dado que, en este caso, los dos pedimentos del suplico de la demanda mantienen conexión intensa y relacionada, actuando uno como presupuesto del otro y de este modo no ha de llevarse a cabo ruptura en la decisión para resolver la cuestión de la rescisión de la venta pública y dejar imprejuzgada la afección que se pide de la vivienda al pago del préstamo bancario, prescindiendo, en todo caso, de quien se presenta de principio o, al menos aparece, como titular del inmueble del pleito.

Las incongruencias denunciadas no son de estimación, y aunque se descarte la revisión en casación de la excepción como situación de incongruencia, sin embargo esa circunstancia, que genera una estructura especial de litisconsorcio pasivo necesario, permite que haya de ser entendida y aplicada con todos sus efectos y trascendencia en el proceso. En este sentido se alega en el motivo primero denuncia de no haber procedido el Tribunal de Instancia, toda vez que acogió la excepción, a la reposición de las actuaciones al momento de la comparecencia intermedia, por tratarse de juicio de menor cuantía.

La sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo, hace constar que en el acto de la vista, el Banco solicitó que se llevara a cabo retrogresión procesal de actuaciones, con el fin de subsanar la falta de litisconsorcio pasivo necesario, lo que no fue atendido, aduciendo que ofrecía grandes dificultades para el desarrollo del juicio efectuar el emplazamiento de la persona ausente de la contienda procesal, sin que se acierte a explicar cuáles y en qué consisten dichas dificultades, que NOS tampoco alcanzamos a comprender y las rechazamos profundamente.

El alegato ha de ser tenido en cuenta y por sí representa un reconocimiento bien expreso de la recurrente de que constituyó en forma incompleta la relación procesal.

El Tribunal *a quo* no se sujetó y debió de aplicar la doctrina jurisprudencial que resulta perfectamente identificado y localizable. Así pues, el defecto de litisconsorcio pasivo puede subsanarse en la comparecencia intermedia prevista en el artículo 693 de la LEC y su apreciación tardía no puede llevar a la absolución en la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, a dicha comparecencia. Los números 2.º y 3.º del artículo procesal 693 permiten subsanar la falta de presupuestos procesales, por razones de adecuada economía procesal en garantía del derecho fundamental que proclama el artículo 24 CE.

La sentencia de 18 de marzo de 1993 es definitiva en cuanto señala y precisa que de acuerdo con las exigencias del derecho a la tutela judicial y con la prohibición de encubrir cualquier *non liquet* sobre el fondo por requisitos de forma que pueden ser sanados (art. 11-3.º LOPJ), el tratamiento que da la jurisprudencia a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y la apreciación de la misma, íntimamente ligada a la cuestión de fondo, impone resolverla como cuestión previa. Tras la reforma operada en la regulación del juicio de menor cuantía, nada impide y resulta aconsejable, cuando el litisconsorcio se manifiesta concurrente, que mediante la comparecencia, cuyos efectos saneadores procesales lo justifican, se proceda a remediar la carencia de este presupuesto necesario que imposibilita resolver el fondo del asunto discutido, lo que impone que, en el presente caso, de apreciación tardía de la excepción han de retrotraerse las actuaciones al momento de la comparecencia para que se proceda a salvar la excepción, conforme interesa el recurrente, si bien debió de haberlo solicitado en la instancia, y dicho acto procesal lo ha de aprovechar la parte demandante para demandar a la persona que resulta procesalmente interesada, por afectarle directamente la sentencia que se pronuncie en relación a lo que se suplica.

TRANSMISION DE UN «BUNGALOW» POR UN ADMINISTRADOR MANCOMUNADO QUE, CON TRANSGRESION DE SUS FACULTADES, ENAJENA UNILATERALMENTE. PREVALECE LA VENTA POR CUANTO ACTUO UN REPRESENTANTE APARENTE, NOTORIAMENTE VINCULADO A LA EMPRESA, QUE POR ACTOS POSTERIORES, RATIFICO TACITAMENTE EL ACTO DISPOSITIVO. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina.—La doctrina dominante sostiene que debe ser mantenido en su contrato quien lo celebró de buena fe con un representante aparente. Y esto es lo que ocurrió con la compra del *bungalow* controvertido, ya que el Consejero-Delegado actuaba en el piso piloto de la urbanización, firmó el recibo de la entrega inicial del precio en nombre de la sociedad y disponfa, para consolidar esa apariencia, de un grupo de secretarías y medios burocráticos en el mismo piso piloto.

La nueva normativa del Registro Mercantil viene a consolidar una regulación ya decantada en el Código de Comercio, en los preceptos referentes al factor. Ya en el siglo pasado se sintió la necesidad de proteger a los terceros de buena fe. Y en el artículo 286 del Código de Comercio se establecfa esta doctrina progresiva: los contratos celebrados por el factor de una empresa se entenderán hechos por cuenta del propietario, cuando aquél notoriamente pertenezca a una sociedad conocida, aún cuando se alegue abuso de confianza o transgresión de facultades.

El artículo 129 LSA es categórico: cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

La protección de la buena fe es total en el párrafo 2.º de este precepto, ya que se extiende al aseguramiento incluso de contratos no comprendidos en el objeto social: «La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto es ajeno al objeto social».

SE CONSIDERA PRACTICA DESLEAL LA VENTA DE LIBROS CON DESCUENTO FUERA DEL RECINTO FERIA DE LA FERIA DEL LIBRO. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1999.)

Hechos.—Se propone como motivo del recurso, la infracción del artículo 15 de la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en relación con el artículo 3.A) del Real Decreto 484/90, de 30 marzo, sobre el precio de venta al público de libros, y con el artículo 33 de la Ley 75, de 12 de marzo, del Libro. En su profusa y extensa fundamentación se sostiene esencialmente que el descuento máximo autorizado del 10 por 100 del precio de venta al público de los libros durante la Feria del Libro ha de efectuarse en las operaciones realizadas en el recinto ferial exclusivamente, no en establecimientos; y que el Gremio de Libreros de Valencia, organizador de la Feria del Libro en esa ciudad, estaba facultado legalmente para la determinación del lugar donde se podfan vender libros con ese descuento.

Doctrina.—Partiendo de la base de que la Ley 9/75, de 12 de marzo, del Libro, preceptúa en el artículo 39 que los libros se venderán por el precio fijo que figure en cada ejemplar, salvo excepciones que no son del caso, y que reglamentariamente se determinarán los descuentos o bonificaciones que

puedan aplicarse con ocasión del Día del Libro, Ferias nacionales, congresos o exposiciones, no hay duda de que es legal el acuerdo del gremio recurrente fijando el descuento en el 10 por 100 durante la Feria del Libro, en virtud del artículo 3.º del Real Decreto 484/90, de 30 de marzo. Tal acuerdo puede, legítimamente, contener las limitaciones que los organizadores de la Feria tengan por conveniente, como los días de aplicación y lugares en que se podrá practicar. Si la Feria, por su propia naturaleza, es el lugar acotado en aquellos días para la compraventa pública de libros, no hay ninguna arbitrariedad ni discriminación para nadie en la conducta de la entidad recurrente sino que se ajusta a los preceptos legales citados. El Gremio de Libreros de Valencia, en virtud de ellos, podía organizar la Feria del Libro, y el tipo de descuento en las ventas del libro dentro de la misma. Fuera de su recinto, obviamente, no hay ninguna feria organizada, sin que pueda confundirse Feria del Libro con días feriados, en el sentido de que en ellos cualquier librería podía hacer el descuento que marcase el Gremio de Libreros. Su poder para establecer el descuento es conexo a sus facultades de «organizar la Feria»; fijar aquellos días no es en modo alguno sinónimo de aquellas actividades, nada se «organiza» entonces.

NO ES RESCINDIBLE LA VENTA DE PARTICIPACIONES DE UN COMUNER A OTRO, RECAYENTES SOBRE FINCAS SUJETAS A LITIGIO. (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1999.)

Doctrina.—Se pretende la infracción del artículo 1.291-4.º del Código Civil, en cuanto que el citado precepto no exige que la venta haya de realizarse a terceros para que sea rescindible, y además, que cause perjuicio al que ejercita la acción rescisoria.

Es indiferente jurídicamente que la titularidad de las cosas litigiosas la ostente uno u otro, porque la sentencia que recaiga se hará de todos modos efectiva al figurar como demandados ambos. Por otra parte, el artículo 1.291-4.º del Código Civil se refiere a «cosas», no a la transmisión de obligaciones, que siguen su propio régimen (necesidad del consentimiento del acreedor) para que el obligado quede liberado.

EL REQUISITO DE QUE EL MANDATO SEA EXPRESO CONTENIDO EN EL ARTICULO 1.713-2.º DEL CODIGO CIVIL, NO EQUIVALE A QUE SEA ESCRITO, CABE EL MANDATO EXPRESO DE FORMA VERBAL. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1999.)

Hechos.—Se argumenta en el motivo del recurso de casación que no existe ningún mandato especial ni se ha llevado al pleito efectuado por la propietaria del inmueble, en virtud de la cual una segunda sociedad codemandada en el recurso pudiese contratar la venta o transmisión o incluso aceptar parte del pago o arras, de forma que incumbe a la principal la realización del negocio mercantil de compraventa. De manera que tanto ni la propietaria ni persona autorizada ha contraído obligación alguna con terceros.

Doctrina.—Si bien tanto la sentencia de primera instancia como la que es objeto de apelación se pronuncian por la existencia de una relación de mandato entre ambas sociedades codemandadas, la cuestión planteada en el

motivo, la inexistencia de un mandato expreso de venta de la recurrente a favor de su codemandada, en realidad nunca fue planteada por la propietaria del inmueble en su contestación a la demanda y así, el hecho primero de este escrito se inicia diciendo: «Nada tenemos que objetar a lo que se dice en el correlativo de la demanda, de que (la segunda sociedad codemandada) estaba autorizada para la venta en exclusiva de diferentes inmuebles realizados por mi mandante y propiedad de ésta», paladino reconocimiento de la existencia del mandato expreso de venta, pues es sabido que el requisito de que el mandato sea «expreso», del artículo 1.713-2.º del Código Civil, no equivale a que sea «escrito», sino que también cabe el mandato «expreso» en forma verbal; se da por tanto, una patente contradicción entre lo admitido por la recurrente en su escrito inicial y lo pretendido en el motivo, siendo de notar que en ningún pasaje de su contestación a la demanda la recurrente hace mención a la falta de mandato expreso a favor de su codemandada, basando su oposición a la demanda en la existencia de un compromiso de venta rescindido por incumplimiento del actor, y sin citar otro precepto legal como fundamento de su oposición que el artículo 1.454 del Código Civil.

I. I. M.

INEXISTENCIA DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia de Xátiva (Játiva), en sentencia de 21 de abril de 1992, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª), en sentencia de 14 de marzo de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Los hermanos don Lorenzo, don Ferrán, don Luis y don Rafael Barber Colomer, eran propietarios, cada uno de ellos, de cuarenta y cinco acciones de la entidad mercantil «Santiago Barber, S.A.», cuyas acciones, sumadas a la de los tres hermanos, representaban un 17,43 por 100 del capital de dicha entidad. Don Rafael Barber Colomer era propietario de trescientas ocho acciones de la mercantil «Maderas Barber, S.A.», que representaban un 23 por 100 del capital de dicha sociedad. Mediante documento privado de fecha 25 de diciembre de 1990, los hermanos don Lorenzo, don Ferrán, don Luis y don Rafael Barber Colomer celebraron un contrato que, literalmente, es como sigue: «Los abajo firmantes deciden, con fecha de hoy, lo siguiente: Rafael vende de la empresa “Maderas Barber, S.A.”, aproximadamente un 18,50 por 100 en partes iguales a Lorenzo, Ferrán y Luis Barber Colomer, el cual se queda con un 4,5 por 100, a cambio, y por el mismo valor, los hermanos Lorenzo, Ferrán y Luis Barber Colomer reciben este 18,50 por 100 de “Maderas Barber, S.A.”, y venden a cambio, aproximadamente, un 17 por 100 y se quedan sólo con un 3,40 por 100 entre los tres; lo cual elevarán a escritura pública en el plazo de dos meses».

Doctrina de la Sentencia.—En un primer momento se alude a la posible infracción a la norma legal contenida en los artículos 1.261 y 1.273 del Código Civil, puestos en concordancia con lo señalado en el artículo 1.450 del propio Código Civil, con lo que se pretende sostener que el contrato litigioso es inválido o inexistente por carecer de objeto cierto y determinado, al no

expresarse en el mismo cuál era la contraprestación que los demandantes habían de hacer a su hermano, el demandado, y, por otro, que el contrato verdaderamente celebrado entre ellos no era una permuta, sino una compraventa, cuando dice textualmente: «Relevante resulta el hecho de que, en prueba de confesión judicial, nuestro representante manifiesta con reiteración que las conversaciones habidas entre las partes siempre habían sido tendentes a la compraventa mutua de acciones de las empresas "SANTIAGO BARBER, S.A." y "MADERAS BARBER, S.A.", nunca a la permuta de las mismas, dado que eran difícilmente permutables atendiendo a la disparidad de valor que poseían las acciones de ambas mercantiles». Pero, en realidad, es reiterada la doctrina de la Sala en sentencias como las de 7 de diciembre de 1966; 3 de junio de 1968; 27 de junio de 1969; 18 de marzo de 1970; 13 de abril de 1982; 29 de marzo de 1984; 16 de abril de 1985; 7 de junio de 1986; 23 de marzo y 1 de julio de 1988; 26 de abril de 1989; 18 de julio de 1996, entre otras, la de que la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo es cuestión de mero hecho y, en cuanto tal, su constatación es facultad privativa de los juzgadores de la instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida y respetada en casación, en tanto que la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, mediante la denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba con invocación de la norma valorativa de la misma que se considere infringida. Y de lo que no cabe duda es de que los demandantes se obligaron a dar al demandado participaciones en la sociedad «Santiago Barber, S.A.», en tanto que el segundo se obligó a dar a los primeros participaciones en la sociedad «Maderas Barber, S.A.». La referida conclusión probatoria obtenida por la sentencia recurrida ha de ser mantenida invariable en esta vía casacional al carecer los preceptos invocados, como supuestamente infringidos, de norma alguna valorativa de prueba. Es, además, reiterada la doctrina de la Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que la calificación de los contratos, en cuanto integrante de la interpretación de los mismos, es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado hermenéutico ha de ser mantenido invariable en casación, a no ser que el mismo sea ilógico, absurdo o contrario a la ley, de cuyos defectos no adolece la calificación que la sentencia recurrida ha hecho del contrato litigioso como contrato de permuta. En el proceso que nos acontece aparece probado que los hermanos don Lorenzo, don Ferrán y don Luis Barber Colomer son propietarios cada uno de cuarenta y cinco acciones y mediante la confesión judicial del propio demandado, aquí recurrente, el cual, al absolver las posiciones segunda, tercera y cuarta, reconoce expresamente que sus aludidos hermanos (los demandantes) son propietarios de las referidas acciones.

CONTRATO DE FIANZA. CONTRATO DE PRESTAMO. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Madrid, en sentencia de 26 de enero de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a), en sentencia de 6 de junio de 1994, estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—Con fecha 6 de mayo de 1982, se constituyó en escritura pública la sociedad «Fer-Canarias, S.A.», que, de momento, no fue inscrita en el Registro Mercantil. Con fecha 20 de julio del mismo año, en documento privado, se celebró contrato de fianza de obligación futura, cuyo contenido esencial se halla en la cláusula primera, primer párrafo, del siguiente tenor literal: «Los socios actuales de “Fer-Canarias, S.A.” (don Fernando Lobo Romero, don José Antonio Lobo Romero, don José María Pérez de Acha García, don Emilio Díaz Valdés, don Blas Camacho Zancada y don Pedro Merchén Herrerros) se obligan a responder de las responsabilidades dinerarias que resulten del crédito de la cantidad que “Fer-Canarias, S.A.” ha solicitado del Banco de Crédito Industrial, en caso de su concesión, considerándose igualmente avalistas de dicho crédito, de forma que la garantía del aval queda distribuida entre los actuales socios en proporción al porcentaje de participación de cada uno en el capital social», y es interesante destacar la cláusula adicional del contrato que es del siguiente tenor literal: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, como quiera que “Fer-Canarias, S.A.” no ha tenido todavía acceso al Registro Mercantil, la validez de este contrato queda subordinada a que, efectivamente, se produzca tal acceso registral y a que dentro del plazo de tres meses a contar desde su inscripción dicha sociedad, por acuerdo de su Junta General ratifique íntegramente este instrumento. En tanto no se produzcan las mencionadas inscripción registral y ratificación, los promotores responderán solidariamente con la afección de todos los bienes de sus respectivas sociedades conyugales, en su caso, del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias para con el Banco de Crédito Industrial previstas en este contrato.

El contrato de préstamo de 1 de octubre de 1982 tiene garantizada la obligación de devolver el capital por el prestatario, por una fianza, no dos; y la fianza no es la del primer contrato de 20 de julio de 1982, sino la que se constituye en el segundo, el de préstamo, de 1 de octubre de 1982. El contrato primero no se plasmó en el segundo, se podría haber cumplido por los contratantes, pero no lo hicieron así, sino que otras personas, algunas coincidentes, celebran nuevo y distinto contrato de fianza. El codemandante don Fernando Lobo pudo haber exigido que los contratantes del primer contrato, lo cumplieran afianzando el préstamo del segundo contrato, pero no lo hizo; en éste se constituyó fianza en forma distinta, solidaria, y por personas no coincidentes totalmente. En el primer contrato, unas personas, los demandados, se obligan a responder; en el segundo contrato, no exactamente las mismas personas, afianzan efectivamente el préstamo. En conclusión, el primer contrato DE FIANZA carece de eficacia desde el momento en que se contrata una fianza distinta en el segundo contrato DE PRESTAMO otorgado ante Agente de Cambio y Bolsa.

Doctrina de la Sentencia.—El primer contrato de fecha 20 de julio de 1982 es un contrato de fianza, cuyo concepto legal lo da el artículo 1.822 del Código Civil: por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste, y el concepto doctrinal es: aquel contrato por el que una parte —fiador— asume la obligación de cumplir la contraída por otro —fiado— en el caso de no hacerlo éste frente a su acreedor; es de obligación futura, que contempla el artículo 1.825; el contrato de préstamo, el segundo contrato, de 1 de octubre de 1982, realiza efectivamente el préstamo, se entrega el dinero a la sociedad prestataria, dinero que no fue devuelto hasta el juicio

ejecutivo, en vía de apremio y es en este contrato, préstamo, donde se constituye fianza a favor del fiado que es «Fer-Canarias, S.A.», frente al acreedor, que es el Banco, es decir, que el contrato de préstamo tiene incluida el de la fianza y ésta no es otra que la que consta en el mismo. Y es que los demandantes han ejercido la acción que prevé el artículo 1.844 del Código Civil, derecho de regreso a favor del cofiador que ha pagado la deuda objeto de la fianza, pero lo han hecho basándose en el primer contrato, el de 20 de julio de 1982. Esta es la *causa petendi*. Este primer contrato ya se ha dicho que carece de eficacia, se extinguió al celebrar el segundo contrato, de préstamo con nueva fianza, de 1 de octubre de 1982. Y si por ello no se puede dar lugar a su pretensión, tampoco puede darse lugar al derecho de regreso, basándose en el segundo contrato, pues ello implicaría una incongruencia *extra petitum* en el sentido de no coincidencia del fallo con la pretensión de la parte; se mantiene el principio *iura novit curia* como posibilidad de aplicar normas distintas a las alegadas, pero siempre ajustándose a la cuestión de derecho planteada, es decir, no cabe acceder a la pretensión por título distinto del alegado: la sentencia, no conforme con la *causa petendi*, incurre en incongruencia.

EL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Langreo, en sentencia de 16 de julio de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.ª), en sentencia de 14 de marzo de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—En el presente caso la parte recurrente establece unos datos fácticos que no tienen nada que ver con los plasmados en la sentencia recurrida, que, a su vez, recoge los de la primera instancia. Trata esta contienda judicial en fundamentar su motivo casacional en unos hechos diferentes a los fijados o tenidos en cuenta en la resolución, y en base a esto es doctrina jurisprudencial consolidada la que tiene declarado que no es lícito en casación partir de una premisa dialéctica que ha sido destruida conforme a la situación de hecho declarada en la instancia con la aplicación del ordenamiento jurídico correspondiente a tales hechos. La casación no puede estar basada, pues, en argumentos que desconozcan los hechos establecidos en la instancia si no han sido desvirtuados en forma adecuada.

Doctrina de la Sentencia.—Resulta y es incuestionable pensar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tienda hacia un establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva para la derivada de los eventos concretados en el artículo 1.902 del Código Civil, precepto que da título al presente comentario, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada. Es importante destacar la sentencia de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que «la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del artículo 1.902 del Código Civil, su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplica-

do», y, sigue diciendo, «por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio de riesgo, bien de su equivalente, como es el de inversión de la carga de la prueba, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado dicho artículo 1.902 del Código Civil». Ello, no es sin embargo, causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también, y como tiene proclamado la Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, ha de tener influencia manifiesta desde un punto de vista de regulación, lo que indudablemente resulta por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica no se puede hablar de una responsabilidad indemnizante que se pueda reprochar a un tercero. Ahora bien, toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y pacífica jurisprudencia, exige los siguientes requisitos:

- a) una acción u omisión ilícita;
- b) la realidad y constatación de un daño causado;
- c) la culpabilidad que, en ciertos casos, se deriva del aserto, que si ha habido daño ha habido culpa, y,
- d) un nexo causal entre el primer y segundo requisitos.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Instancia número 6 de los de Ourense, en sentencia de 8 de febrero de 1994, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Ourense, en sentencia de 5 de abril de 1995, acoge en parte el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Lo más relevante en la presente litis está unido a la valoración que se otorga a la prueba testifical, pues, no obstante, se refiere ésta a un único testigo que reconoce le afecta una de las «generales» de la Ley, tal circunstancia no vulnera la libertad de valoración que, para formar su convicción, incumbe al órgano jurisdiccional. La prueba testifical no está sujeta a reglas legales de valoración, de manera que el testimonio de un solo testigo o el testimonio de un testigo susceptible de ser tachado, pueden inducir válidamente a formar el convencimiento del juez sobre la veracidad de sus datos, objeto de prueba, tanto más cuanto que la Sala explícita los criterios que dentro de las reglas de la sana crítica la conducen a formar tal convicción.

CONTRATO DE OBRA. RECLAMACION DE PARTE DEL PRECIO NO SATISFECHO. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 40 de los de Madrid, en sentencia de 6 de abril de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), en sentencia de 23 de mayo de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Las capitulaciones matrimoniales por las que se pacta el régimen de separación de bienes son ineficaces. Según el artículo 1.335 del Código Civil, la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se rige por las reglas generales de los contratos y las consecuencias de la anulación no perjudican a terceros de buena fe. Y el artículo 1.291.3, del mismo texto legal, regula la rescisión en fraude de acreedores, acción esta que es subsidiaria. Aquí son los condenados los que pretenden, frente a la actora, que se declaren válidas las capitulaciones porque en nada afectan a la parte actora. Y son los actores los que buscan la ineficacia para tener garantizado el cobro con los bienes de los esposos antes de la partición.

Doctrina de la Sentencia.—Se plantea en este caso la discusión de la valoración de las pruebas. Es reiterado y constante para este caso el contenido de la sentencia de 26 de noviembre de 1993, según la cual, la modificación del régimen matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 del Código Civil), y éstos podrán acudir a la acción rescisoria (art. 1.291.3) siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen, así como, según el artículo 1.402, conservando los acreedores de la sociedad de gananciales los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias, por lo que hecha la partición, los acreedores pueden exigir por entero el pago de su crédito a cualquiera de los herederos (art. 1.084). En conclusión, las capitulaciones de los recurrentes en nada alteran ni perjudican a los demandantes para el cobro de su crédito, y en tal sentido, carecen de eficacia alguna en el presente litigio, pero no pueden generar una declaración genérica de ineficacia, como contiene la sentencia de primera instancia, sin haber hecho razonamiento alguno en los fundamentos de su decisión. Y tampoco se puede mantener el fallo de la sentencia de apelación, en cuanto tras fijar la condena al pago de cantidad dice que se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia porque entre éstos está la ineficacia de las capitulaciones y además con la doctrina de la Sala.

RESPONSABILIDAD DECENAL. EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Orihuela, en sentencia de 3 de enero de 1994, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.ª), en sentencia de 30 de octubre de 1995, desestima los recursos de apelación interpuestos.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La cuestión litigiosa se basa en el ejercicio de acciones por responsabilidad decenal —art. 1.591 del Código Civil: vicios ruinógenos— y acumulación de autos, en relación con la legitimación activa de la Urbanizadora Villamartín, S.A. Más extensamente diremos que: con fecha 10 de julio de 1992, don William Charles Floate, adquirente de una vivienda unifamiliar, de las veinte que había promovido Urbanizadora Villamartín, presenta demanda frente a la citada promotora, frente a la constructora, el arquitecto y los

arquitectos técnicos, en solicitud de que se les condene solidariamente a reparar las deficiencias, omisiones y vicios existentes y que pudieran aparecer en dicha vivienda y a percibir su correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que las normas que regulan el acceso a casación tienen el carácter de imperativas, de *ius cogens* o de «derecho necesario», sin que puedan ser modificadas por el principio dispositivo ni por la voluntad concurrente de las partes, obligando a los propios Tribunales que han de acusar su infracción de oficio, ocurriendo en el caso que nos ocupa que las dos demandas acumuladas se tramitaron como de cuantía indeterminada y si el artículo 1.687.1.º b) declara, como regla general, que son susceptibles de recurso de casación los juicios de menor cuantía en que ésta sea inestimable o no haya podido determinarse ni aun en forma relativa por las reglas que establece el artículo 489, inmediatamente exceptúa de dicha regla los supuestos en que las sentencias de apelación y primera de instancia sean conformes. Al mismo tiempo, el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala, con carácter obligatorio que, en toda demanda se fijará con precisión la cuantía objeto del pleito, conforme a las reglas establecidas en el precepto anterior, y cuando no pueda determinarse por ellas se expresará en la misma demanda la clase de juicio en que haya de ventilarse. La primera de las demandas declara expresamente su cuantía indeterminada y lo justifica porque, si bien aporta un informe técnico en que se presupuesta la reparación de los daños, en fecha más actual se produce un incremento de los deterioros, por lo que la cuantía exacta de la reparación será la que determina a lo largo del procedimiento, aparte de que solicita también la indemnización de daños y perjuicios, que no se cuantifican dejando su determinación para ejecución de sentencia. Y lo mismo ha de decirse de la segunda demanda, que al final de los hechos es la única referencia existente en el cuerpo de la demanda a la cuantía, pues se desconoce, a priori, el alcance y valor de las reparaciones a realizar, toda vez que tal extremo sólo podrá concederse con exactitud en el momento en que hayan de acometerse las obras. Por todo ello, la determinación de la cuantía del procedimiento deberá quedar diferida al resultado que se obtenga de la prueba a realizar. Es por cuanto antecede que, para cumplir con el mandato del artículo 490, ambas demandas señalan que el procedimiento a seguir es el de menor cuantía, extremos que no se discuten en el litigio.

CREDITOS NO TRIBUTARIOS: EL RECURSO CAMERAL. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Barcelona, en sentencia de 23 de septiembre de 1993, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), en sentencia de 21 de abril de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—La «Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona» promueve juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la Compañía «Comercial Rovisora, S.A.», pretendiendo que la mercantil demandada sea condenada a satisfacer a la actora una determinada suma de dinero

más sus intereses legales. El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Barcelona, después de desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción y la cuestión de inconstitucionalidad de las normas aplicables al litigio, acoge íntegramente la demanda y condena a «Comercial Rovisora, S.A.», sentencia que fue confirmada por la Audiencia.

Doctrina de la Sentencia.—La demanda y la sentencia justifican la procedencia de la jurisdicción ordinaria en la imposibilidad de reclamar el recurso por la vía de apremio prevista para las Administraciones Públicas, lo cual supone una contradicción jurídica en cuanto se acude a la jurisdicción civil ordinaria por un lado, y se pretende, por el otro, basar la procedencia de las cantidades reclamadas no sólo en normas de exclusivo carácter de derecho administrativo, sino también en resoluciones favorables del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Y es que el Reglamento General de Recaudación, en la redacción del Real Decreto 925/1977, de 28 de marzo, exigía que la posibilidad de utilizar el procedimiento de exacción por la vía de apremio estuviera autorizado por Ley, resulta evidente que en la actualidad hay una habilitación legal expresa derivada de la actual Ley de Cámaras de 22 de marzo de 1993, sin que en la misma se excluya en absoluto su aplicabilidad a cuotas del recurso, y la Ley de Procedimiento Administrativo anterior autorizaba en su artículo 105 la utilización de la vía de apremio, lo cual permanece inalterable en la actual Ley de Procedimiento Administrativo común. No cabe admitir la contradicción jurídica que supone acudir a la jurisdicción civil y basar su reclamación en normas de derecho administrativo y en resoluciones judiciales derivadas del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues aun cuando resulta evidente la naturaleza de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación como Corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines en palabras de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, también lo es que su configuración como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, lo es «sin menoscabo de los intereses privados que persiguen», siendo, precisamente, la prosecución, defensa y protección del sustrato privado que les caracteriza lo que impide su calificación de tales Cámaras como meras manifestaciones de Corporaciones Públicas sin más, con la plenitud de efectos y consecuencias jurídicas propias de ellas, y ya se ha aludido a la Ley 3/1993, la cual en vigor, es de decir que no es posible atribuirle carácter retroactivo, especialmente en aquellos aspectos reguladores del recurso. Paralelamente decir, en cuanto al período anterior a la citada Ley 3/1993, que es de tener en cuenta como norma fundamental, el Real Decreto de 28 de marzo de 1977, en el que se vino a exigir la necesidad de norma de rango de Ley para conceder el procedimiento de apremio a organismos o Entidades no estatales, para el cobro de sus créditos no tributarios, entre los que se encuentra, sin duda, el denominado recurso cameral, sin que a los fines de su recaudación pudiera pensarse en proyectar al mismo la norma prevenida en el artículo 105 de la Ley sobre Procedimiento Administrativo, por consiguiente, al problema jurisdiccional planteado habrá que entender aplicable el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que confiere a la del orden civil el conocimiento, además de las materias que le son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, procediendo pues rechazar el exceso en el ejercicio de la jurisdicción invocada.

RESPONSABILIDAD DECENAL POR VICIOS RUINOGENOS DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. JUEGO DE LA SOLIDARIDAD Y EXTENSION DE LA PROMOTORA. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Málaga, en sentencia de 1 de diciembre de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), en sentencia de 16 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Objeto de la litis.—La jurisprudencia en una función integradora del artículo 1.591 del Código Civil ha venido a incluir entre las personas intervinientes en el proceso constructivo sujetas a la responsabilidad que en dicho precepto regula al constructor-promotor, que reúne generalmente en una misma persona el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal, beneficiario económico de todo el complejo jurídico constructivo, etc., lo que no impide que para la realización y ejecución del proyecto, utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio. Los criterios determinantes de la inclusión del promotor en el círculo de las personas a que se extiende la responsabilidad del artículo 1.591 son los siguientes: 1) que la obra se realice en su beneficio; 2) que se encamine al tráfico de la venta a tercero; 3) que los terceros adquirentes hayan confiado en su prestigio comercial; 4) que sea el promotor el que elija y contrate al contratista y a los técnicos, y 5) que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción.

Doctrina de la Sentencia.—Los demandados alegan, a lo largo del procedimiento, la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, en base a que tan sólo se ha demandado a uno de los arquitectos y no a los otros dos señalados en el procedimiento que, por tanto, cuando se ejercita una acción como la ejercitada por la parte demandante en la que se imputa el estado ruinoso de unos inmuebles, no basta con demandar a uno de los arquitectos, en base a un principio de solidaridad, sino que deben ser demandados la totalidad de los arquitectos, y cuando se sepa de antemano quién o quiénes son los responsables del defecto ruinoso se debería haber dirigido la acción contra uno o varios intervinientes. Y es que, en realidad, el instituto de la solidaridad, cuando sea procedente por inconcreción de autorías de reprobabilidad, ampara la posibilidad de ejercitar la acción contra cualquiera de los agentes que hubieran intervenido en la ejecución de la obra, y así al respecto, por la propia Sala sentenciadora. Y es que el instituto de la solidaridad avala la posibilidad expresada, al margen de que, tras la resolución que proceda, la parte condenada, en su caso, inicie, si lo entiende conveniente, un nuevo pleito donde pueda repetir lo así satisfecho por esa condena solidaria frente a aquélla o aquéllas otras personas que no hubieran intervenido en el proceso por no haber sido llamadas en su día para acudir al mismo. Reiterada doctrina de la Sala tiene declarado que la acción fundada en el artículo 1.591 del Código Civil, permite condenar solidariamente a todos los demandados que con su conducta han contribuido a los

defectos funcionales o ruina del edificio y a los cuales no se les determine y cuantifique el grado de contribución al daño. Tiene también dicho que al constructor se equipara la figura del promotor. La solidaridad, es conocido, no entraña litisconsorcio pasivo necesario, y al condenado no le afectará la sentencia sin perjuicio de que pueda ser demandado en otro litigio por cualquiera de los que fueron parte en el presente. La responsabilidad declarada no la desvirtúa el que no se hubiera demandado al contratista, pues, no procede el litisconsorcio pasivo necesario cuando surge la figura de la solidaridad de responder, bastando interpelar procesalmente a alguno o algunos de los implicados.

Añadir además que, sin perjuicio de la no intervención material en la ejecución de la obra de la recurrente, su incorporación o inclusión entre los distintos agentes responsables al amparo de la sanción que contiene el artículo 1.591 del Código Civil, debe prevalecer, pues aunque la intervención del promotor haya sido con posterioridad a la ejecución de dicha obra, debe también responder por los vicios ruinógenos de la misma, en especial, cuando se le pueda atribuir una falta de diligencia a la hora de elegir, o a los profesionales de la ejecución, o bien, a la hora de vigilar la forma de ejecutarse las obras. También el promotor/vendedor es responsable, ya que por tales defectos existe un evidente incumplimiento de sus obligaciones como transmitente, en cuanto seleccionador de los técnicos ejecutores, aparte de que en nuestra litis, la promotora tiene derecho a obtener el correspondiente beneficio industrial. La responsabilidad del promotor viene derivada de los contratos de compraventa por los que se transmitió las viviendas y locales radiantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1.591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquélla otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponden.

DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS CON MOTIVO DE LA CIRCULACION DE UN VEHICULO DE MOTOR. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Sanlúcar de Barrameda, en sentencia de 25 de agosto de 1996, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1.ª), en sentencia de 20 de diciembre de 1996, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

Objeto de la litis.—Tres caballos del demandado don Javier Hidalgo de Argüeso que habitualmente estaban en la finca «Santo Domingo» fueron los que, tras haber salido del cercado en el que se hallaban y acceder a la carretera irrumpieron en ésta, arrollando en su marcha al actor, tirándole al suelo y produciéndole graves lesiones que han deparado en las secuelas que padece, causándose uno de ellos una herida en la pata trasera derecha a consecuencia de la colisión.

Doctrina de la Sentencia.—Es de destacar, en primer lugar, que es indudable que seguido el trámite del juicio ordinario de menor cuantía, considerado a partir de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, como prototipo de los juicios declarativos, las garantías procesales que el mismo entraña son superiores a las del juicio verbal, por lo que ninguna indefensión se ha producido, por esa razón, a la parte recurrente, indefensión cuya existencia es necesaria para la

declaración de cualquier nulidad de actuaciones como la que comporta. Por otro lado, se advierte un ataque al resultado probatorio alcanzado por la Sala sentenciadora de instancia a través de la prueba de presunciones.

En nuestra litis se mantienen intangibles los hechos probados de que parte el Tribunal de apelación en su juicio presuntivo. La esencia de la presunción se encuentra en el enlace preciso y directo que religa el hecho-base en el hecho-consecuencia y que se ajusta a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante una verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia*, que efectivamente han de ser concluyentes e inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1.253 del Código Civil es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles, pero si la deducción es razonable no cabe impugnarla, así como si los hechos base están demostrados. La Sala de instancia llega a la conclusión de que los tres caballos causantes del accidente que sufrió el actor eran los pertenecientes al recurrente, partiendo de los hechos-base que declara probados a través de un minucioso examen de los elementos de juicio aportados a autos, hechos que quedan inalterados en el recurso, sin que se puedan afirmar vulneradas las reglas de la lógica. Además, acreditada la propiedad del recurrente respecto de los animales causantes de las lesiones sufridas, sería innecesario acudir a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, dado el carácter de plenamente objetiva que tiene la responsabilidad nacida del artículo 1.905 del citado Código, y que no resulta desvirtuada ante la falta de prueba sino todo lo contrario de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del perjudicado. Además, la determinación de la cuantía de la indemnización es función atribuida a la Sala de instancia y no revisable en casación, salvo que se modifiquen las bases fácticas de la cuantificación. En nuestro caso la determinación de la cuantía indemnizatoria ha tenido en cuenta las lesiones y secuela y los días que el actor invirtió en su curación. Las deudas indemnizatorias por daños y perjuicios son deudas de valor y para su cuantificación ha de tenerse en cuenta el momento de pago o resarcimiento.

NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Cáceres, en sentencia de 11 de enero de 1994, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Cáceres (Sala de lo Civil), en sentencia de 30 de abril de 1994, desestima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda por doña María Navasa Mejías contra doña Esther José Navasa Mejías, cuyo *petitum* es el siguiente: * Se declare el fallecimiento de doña María Antonia Mejías y nazca una comunidad de bienes sobre el *totum* ganancial en la que participan don Ignacio Navasa en proporción de un 50 por 100 correspondiente a su parte de gananciales, y doña María Navasa y doña Esther Navasa en un 25 por 100, respectivamente, co-

munidad que pervive hasta su división. * Se declare pertenecientes a la comunidad de bienes y declarar nula la titularidad exclusiva en favor de uno de ellos. * Se declare la nulidad de las inscripciones de dominio y cualquier clase de anotaciones practicadas decretando su cancelación. * Se declare la nulidad de las compraventas instrumentalizadas a favor de doña Esther Navasa. * Se declare la nulidad de las inscripciones de dominio, entre otras peticiones.

Doctrina de la Sentencia.—Los motivos legales en que puede fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes al resolver en el fondo, para desestimarle, aún cuando se hubiese admitido porque las razones de inadmisión son suficientes si resulta demostrada su existencia para que los recursos deban ser desestimados.

DECLARACION DE INEXISTENCIA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. SIMULACION ABSOLUTA. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Valladolid, en sentencia de 14 de diciembre de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª), en sentencia de 13 de octubre de 1993, revoca la sentencia dictada en Primera Instancia.

Se estima el recurso de casación interpuesto.

Base fáctica.—Los esposos don Angel Molero García y doña María Paz Calderón Pintado tuvieron tres hijos llamados doña María Amparo, doña Ana María y don Angel Molero Calderón. Doña María Paz Calderón Pintado fallece el día 7 de noviembre de 1976, bajo testamento abierto. En la partición a su viudo se le adjudica en pleno dominio la mitad indivisa de la finca que aquí nos interesa. La otra mitad se adjudica en proindiviso por terceras partes iguales a sus tres hijos. Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 24 de marzo de 1982, don Angel Molero García vende a su hijo la antes citada mitad indivisa. Pero en 1984 el Ayuntamiento de Valladolid expropia un determinado número de metros cuadrados, la cantidad resultante de la expropiación aún no ha sido percibida por ninguno de ellos. El día 19 de octubre de 1985 fallece don Angel Molero García, instituyendo herederos por partes iguales a sus tres hijos. Y con fecha 15 de junio de 1990, don Angel Molero Calderón inscribe a su nombre en el Registro de la Propiedad número 3 de Valladolid, la mitad indivisa a que hemos hecho alusión. Con base a estos hechos, en abril de 1991, doña María Amparo Molero Calderón promueve contra su hermano, la esposa de éste y contra el esposo de su hermana —ya fallecida— y los siete hijos habidos de la misma con su cuñado, juicio en el que solicita se dicte sentencia declarando que en la escritura entre su padre y su hermano, éstos simularon la celebración de un contrato de compraventa, resultando por tanto éste inexistente y nulo, así como la escritura citada y la inscripción mediante ella lograda en el Registro de la Propiedad, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones disponiendo la cancelación de la inscripción.

Doctrina de la Sentencia.—La Sala se encuentra en un todo conforme con los fundamentos que el juzgador *a quo* expone en la sentencia para la desestimación de la acción de nulidad ejercitada del contrato de compraventa de la mitad de la finca por simulación absoluta por falta de causa —precio— de dicho contrato, y, en consecuencia, al reunir el mismo todos los requisitos que

establece el artículo 1.261 del Código Civil procede desestimar dicha pretensión. Se probó lo siguiente: 1) No existe precio vil, pues la cantidad expresada en la compraventa como precio de lo adquirido era aceptable, teniendo en cuenta que se trataba de una compraventa entre padre e hijo. 2) Que los hijos restantes se enteraron de la compraventa a su debido tiempo. 3) Que el comprador demandado era plenamente solvente en dicha fecha, por lo que pudo hacer entrega del dinero pactado en cualquier forma, y 4) por el contenido de todos los documentos públicos y privados. Es elemento esencial del contrato de compraventa la existencia de un precio cierto, lo que conlleva la declaración de nulidad del contrato. En realidad son grandes las dificultades que encierra la prueba de la simulación de los contratos, y ello por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, se hace preciso acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el artículo 1.253 del Código Civil sobre la base de dicha doctrina jurisprudencial resulta imprescindible conocer cuáles son los hechos trascendentales que, efectivamente, aparecen probados o no probados en el proceso (hechos-base) para poder determinar si la conclusión alcanzada por la Sala de instancia lo ha sido o no conforme a las reglas de la sana crítica. Pero ante la imprecisión de los hechos, la Sala de casación se encuentra en la necesidad de hacer uso de su facultad integradora del *factum* para constatar cuáles son los hechos trascendentales, a los efectos de la adecuada resolución de la cuestión litigiosa planteada y que resultan probados. El día 24 de marzo de 1982 cuando don Angel Molero García otorga escritura pública de compraventa litigiosa a favor de su hijo don Angel Molero Calderón, el referido don Angel Molero García, presunto vendedor, tenía ochenta y cinco años de edad, a cuya edad y salvo supuestos de verdadera necesidad para poder seguir subsistiendo, no es muy normal que una persona realice operaciones negociales aunque sean con su propio hijo. Don Angel Molero García no tenía necesidad de vender para seguir subsistiendo, como lo reconoce su hijo. No resulta probado que don Angel Molero García cobrase el precio de la referida compraventa. Tampoco aparece probado en qué forma o a través de qué entidad bancaria don Angel Molero Calderón pagó a su padre el precio. La escritura pública de compraventa, de fecha 24 de marzo de 1982, no la inscribió a su nombre don Angel Molero Calderón en el Registro de la Propiedad correspondiente hasta ocho años después de su otorgamiento (en fecha 15 de junio de 1990). Además, el juicio del Tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando falte ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado, hecho-base, y el que se trata de deducir según las reglas del criterio humano, y es la falta de enlace preciso y directo la que evidencia la conclusión obtenida por la sentencia recurrida, pues de los hechos que aparecen probados, que la Sala ha tenido que poner de manifiesto en uso de su facultad integradora del *factum*, la consecuencia lógica que se obtiene es que la compraventa litigiosa instrumentalizada mediante escritura pública de 24 de marzo de 1982 fue simulada, con simulación absoluta, por carecer de causa, al no haber mediado precio alguno en la misma. También se deduce como claro que un demandante cuya demanda es estimada no puede en modo alguno ser responsabilizado por haber hecho adecuado uso de un legítimo derecho, cual es el de pedir y obtener anotación preventiva de demanda cuando ésta resulta estimada (art. 42.1.º de la Ley Hipotecaria).

En conclusión, como el contrato de compraventa litigiosa, instrumentalizada mediante escritura pública de fecha 24 de marzo de 1982, carece de causa,

por falta de precio, lo que entraña una simulación absoluta del mismo, procede estimar la demanda principal formulada por doña María Amparo Molero Calderón y, en consecuencia, declarar la nulidad radical de dicho contrato de compraventa y la cancelación de la inscripción a que la referida escritura pública dio lugar en el Registro de la Propiedad número 3 de Valladolid.

LA AUTOCONTRATACION. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Barcelona, en sentencia de 31 de diciembre de 1993, estima sustancialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), en sentencia de 9 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Mediante escritura pública de 14 de noviembre de 1986, la actora adquiere de su tía doña Araceli Bautista Casarrubios, un inmueble a que contrae las actuaciones y por precio de ocho millones y medio de pesetas. A su vez y en esa misma fecha, otorga la actora poder amplio para disponer incluso incidiendo en la figura de la AUTOCONTRATACION. A resultas de ello, el 30 de marzo de 1987, la anterior vendedora compra las fincas para sí misma. Posteriormente la citada vendedora y autocompradora otorga testamento nombrando heredera universal a doña Carmen Alvarez Alegret, habiendo de admitirse el primitivo contrato de compraventa y el poder que se otorgó en la misma fecha.

Doctrina de la Sentencia.—Se ha de admitir la validez del primitivo contrato de compraventa y del poder otorgado, de tal forma que se analiza el acto dispositivo siguiente: Doña Araceli «actuando como compradora en nombre propio y como representante de la anterior propietaria» en la posición de vendedora readquiere los bienes objeto de la venta, y con respecto a dicho acto se acreditan todos los requisitos para su validez y eficacia, por lo cual procede que el precio de la venta en dicho auto-contrato sea reintegrado a la poderdante por la heredera o causahabiente, de citada compradora, esto es, la demandada, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1.720 del Código Civil, y es que una premisa clara del litigio es la virtualidad del dual negocio jurídico inicial, a saber, la compraventa de la finca y el coetáneo poder, por la que hay que desestimar la alegación de la demanda, de que dicho poder sólo significaba la seguridad de recuperar la cosa vendida por su causante en aras de la especificada auto-contratación. Y también hay que admitir la validez de la segunda transmisión, aunque negada su naturaleza jurídica de compraventa por falta de precio, habida cuenta lo dispuesto en los artículos 1.261 y concordantes. Además, constanding implícita la aceptación de la escritura pública, nada hay que objetar al deseo de adverso de que el negocio jurídico se configurase, incluso, como donación, pero aún en este caso y al igual que si de una compraventa se tratara, el mandatario o el que de él trae causa, viene obligado a rendir cuentas, máxime si en el poder no consta autorización para actos de liberalidad aunque sí para aceptarlos, por lo que donada una cosa ajena sin la voluntad de su titular a un tercero de buena fe, se obligan a condenar la devolución del precio conocido. En realidad, la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento —art. 1.265—

es una cuestión de hecho y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, denunciando la existencia de error de derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida.

La calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico, por eso se rechaza si se da la recalificación de un contrato debidamente conformado por la Sala en uso de su soberanía enjuiciadora sin que hubiere dado lugar a revisar la calificación al no incurrir la Sala sentenciadora en ningún desvío de ilegalidad y de irrazonabilidad.

Añadir, además, que las consecuencias del reintegro de la suma recibida por la propia apoderada al utilizar el poder, incluso, de auto-contratación para verificar la recuperación de los bienes objeto de la venta, deriva en la obligación de rendir cuentas y, como consecuencia, de reintegrar el importe de lo percibido por parte de la misma, y en su defecto, por su muerte, por vía *mortis causa*, a cargo de la heredera demandada.

ACCION POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, en sentencia de 12 de febrero de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 1.ª), en sentencia de 9 de mayo de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Doctrina de la Sentencia.—Al órgano jurisdiccional le compete no sólo decidir acerca del incumplimiento contractual, sino, también, decidir sobre los incumplimientos menores que, aún no teniendo entidad para producir aquella resolución, causan, sin embargo, daños y perjuicios que deben ser indemnizados, y siempre dentro de la petición genérica formulada. Como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1998, el ajuste del fallo a las pretensiones de las partes no ha de ser literal sino racional y flexible, pues basta para mantener la congruencia del fallo que resuelva las pretensiones de las partes, aunque al hacerlo agregue extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a su efectividad, precisamente en trámite de ejecución y no se requiere conformidad rígida y literal con las pretensiones ejercitadas, dado que lo importante es que las declaraciones del fallo tengan la virtud y eficacia suficientes para dejar resueltos todos los puntos que fueron materia del debate, de manera que, al no introducirse hechos nuevos, ni se ha alterado el principio contradictorio ni se ha producido indefensión dado que, el juzgador ha de resolver tomando en cuenta las peticiones de ambas partes.

SOCIEDAD CIVIL. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jaén, en sentencia de 28 de septiembre de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 10 de junio de 1994, estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Base fáctica.—El proceso —objeto de análisis— trae su causa de otro anterior en el que se declaró resuelta una sociedad civil verbalmente constituida y se ordenó la liquidación del patrimonio a razón del 50 por 100 para cada uno de los dos socios. En ejecución de lo dispuesto en la sentencia, se nombraron dos contadores, uno para cada parte, y su cuaderno particional fue aceptado por las partes en lo referido a inmueble partible y tuvo como discrepancia la suma de dinero a repartir entre ambos. La decisión del dirimente no se aceptó tampoco y por ello se formula el litigio. La sentencia del Juzgado condenó al pago de una determinada cantidad y desestimó la demanda, sin hacer pronunciamiento sobre la reconvencción porque la desestimación fue consentida. La Audiencia razonó que no se habían probado los ingresos alegados por la actora y por ello no cabe mantener la condena a pagar la mitad. La serie no identificada de facturas cuyo cobro no aparece en modo alguno justificado, y por ello atribuye la carga de la prueba a la actora, la cual ni siquiera ha propuesto prueba testifical de las personas supuestamente pagadoras de esas facturas. Añade, además, que en este pleito no se ejerce ninguna acción de responsabilidad, por lo que tanto ésta como las acciones de cobro de esos supuestos créditos queda expedita.

Doctrina de la Sentencia.—En realidad no hay en el supuesto litigioso violación del *onus probandi*, pues a la actora que reclama el pago de una suma le corresponde acreditar su realidad, y ésta no puede determinarse en casación mediante una valoración de las pruebas, pues la casación no es instancia.

ACTUAR DOLOSO Y CONTRARIO A LA BUENA FE. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alcorcón, en sentencia de 9 de enero de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª), en sentencia de 3 de mayo de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Nos encontramos ahora ante un auténtico contrato de compraventa y la devolución del doble de las cantidades entregadas a cuenta del precio convenido no puede considerarse en ningún caso como una indemnización de daños y perjuicios. La cuantificación que ha hecho la Sala tratando de resolver la demora de verificarlo en el trámite de ejecución de sentencia, como acordó el Juzgado al utilizar dentro de su libre discreción una vía analógica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.454 del Código Civil, en relación con lo acontecido en autos, no es de recibo, porque no se comparte ese uso analógico que no sólo no se coherenta con la existencia de la primera compraventa, sino, porque tampoco la suma, así declarada, tutela debidamente los intereses del recurrente en relación

con la conducta irregular de la vendedora. Se frustra el fin perseguido con la primera compraventa a la Mercantil actora al resultar de imposible cumplimiento por ese actuar doloso y contrario a la buena fe de aquélla, que debía presidir la actuación de los contratantes y que justifica la indemnización de daños y perjuicios. Además, la mala fe atribuida a los codemandados en su intervención negocial, al margen de que haya sido analizada en relación con el tema de su condición de terceros hipotecarios, en lo atinente, no puede ser determinante de esta mala fe o temeridad en el ejercicio de la acción.

VENTA EN GARANTIA. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 59 de los de Madrid, en sentencia de 10 de octubre de 1994, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), en sentencia de 13 de julio de 1996, ha lugar al recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Antecedentes fácticos.—Don Jose Luis Barreiros Conde y su esposa doña María Nieves Fernández Argüelles venden un piso en representación de la Sociedad ONESA, a don Luis González Seara y a don Máximo Jiménez Irnan, en virtud de escritura de 25 de marzo de 1983. La aludida venta operó en realidad como una venta en garantía, que había de reputarse permanencial, ya que los vendedores habían dispuesto en su beneficio una determinada cantidad de dinero, que el Banco de Bilbao había concedido a la entidad Ganadería y Cultivo, S.A. (GACUSA), constituida el 17 de julio de 1979 por la referida doña María Nieves Fernández Argüelles, don Máximo Jiménez Irnan y doña Carmen Llorens Mas (esposa del señor González Seara), lo que obligó a los litigantes para atender al mismo, dada su condición de avalistas, y, a fin de su cancelación, a solicitar del Banco aludido un préstamo hipotecario. Así las cosas, el recurrente llegó solo a ser titular oficial del piso, que seguía afectado por la situación inicial de actuar como único medio de garantía de la deuda contraída por el señor Barreiros y esposa, por su actuar ilícito, y facilitó su readquisición, ya que, por documento notarial de 29 de julio de 1988, don Luis González Seara lo revendió a doña María Nieves Fernández Argüelles.

Doctrina de la Sentencia.—La decisión de la Audiencia es acertada en cuanto sentó que, sin perjuicio de las reparaciones y reintegros que hayan percibido los litigantes, y respecto a la cantidad que resulte restante, no asiste legítimo derecho a ninguno de los copartícipes para su atribución plena y exclusiva, por lo que debe fijarse la que corresponde a cada uno de ellos, mediante las oportunas operaciones de rendición de cuentas y de este modo fijar el saldo a repartir, si resultase existente.

En esta línea el discurso casacional ha de abordar la cuestión relativa a la comunidad que la sentencia admite y el recurrente impugna. El artículo 392 del Código Civil se refiere tanto a la propiedad como a otros derechos, lo que autoriza a que se puedan tener en comunidad no sólo bienes y derechos reales sino también créditos, comunidad de acreedores con derechos a partes iguales, que es la del caso que nos ocupa, y no cabe confundirla con comunidad de ganancias. Esta comunidad queda sometida a las normas de las obligaciones mancomunadas y solidarias que el Código Civil regula en su artículo 1.137

y siguientes, y si bien resulta más adecuada cuando se trate de créditos mancomunados. En este caso la deuda fue resarcida mediante una única prestación económica que no se dividió entre los litigantes, por lo que éstos mantienen situación de comunidad de intereses acreedores que hace aplicable el artículo 392 del Código Civil, por no haber precepto impeditivo alguno en contra, ya que el artículo 1.137 del Código Civil establece que la concurrencia de dos o más acreedores en una sola obligación no implica solidaridad entre ellos, si no resulta expresamente determinada, y esta solidaridad resulta evidenciada que subsiste a lo largo del tiempo hasta que la deuda quede liquidada definitivamente.

La figura de la solidaridad tácita ha sido admitida por la doctrina jurisprudencial y se autoriza a cualquiera de los acreedores a cobrar el crédito, pero no en su exclusivo beneficio. El recurrente hace supuesto de la cuestión al sostener que el demandante había percibido enteramente el resarcimiento por los perjuicios que se le causaron, pues queda pendiente su cuota por mitad de la cantidad que se alcance depurada de gastos y correspondiente a indemnización satisfecha por el señor Barreiros. Pero dicha cantidad fue abonada en concepto de indemnización-finiquito por todos los daños y perjuicios causados, por eso la sentencia de apelación resulta previsora al fijar las deducciones y bases que deben conducir al saldo definitivo, y en cuanto justifique el recurrente haberlas satisfecho, así como, en general, todos los pagos en beneficio e interés común, entre los que ha de incluirse el precio abonado por la venta judicial. Al no existir prueba sobre la división del crédito en cuotas participativas determinadas y ostentar los litigantes acreditados derechos a su percibo, resulta aplicable la presunción de igualdad de cuotas del párrafo segundo del artículo 393 del Código Civil.

NO JUSTIFICACION DE LA NEGATIVA DEL VENDEDOR PARA EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PUBLICA SI RESULTA PACTADA LA SIMULTANEIDAD ENTRE EL PAGO DEL PRECIO Y LA PLASMACION DE AQUELLA. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Logroño, en sentencia de 7 de diciembre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Logroño, en sentencia de 21 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—Doña María del Carmen Gil Carrillo demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don Jesús Val Arnedo y a la esposa de éste y, entre otras peticiones interesa la declaración de que el contrato de compraventa de 27 de junio de 1990, relativo al piso 13 G, de la casa número 22 de la calle Jorge Vigón, de Logroño, concertado entre la actora, como vendedora, y los demandados, como compradores, quede resuelto por el requerimiento practicado a éstos conforme al artículo 1.504 del Código Civil, a lo que se opusieron los litigantes pasivos, que, además, reconvinieron y suplicaron la condena a la actora al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia impugnada llega a la conclusión, contraria a la doctrina jurisprudencial, de que no cabe afirmar una posición

de verdadera contumacia al comprador, y de que la actora tampoco ha sido diligente en el otorgamiento de la escritura pública, pues no ha demostrado siquiera que la hubiera mandado preparar.

La decisión de instancia parte de una base fáctica que acepta ante la inexistencia de prueba opuesta a la misma, relativa a que, mediante contrato privado de 27 de junio de 1990, doña María del Carmen Gil Carrillo vendió a la demandada el piso litigioso quien entregó la cantidad de cuatro millones de pesetas a cuenta del precio, y, además ambos contratantes acordaron verbalmente el abono del resto en el instante de la plasmación de la escritura pública con el compromiso del vendedor de llevar a efecto tal acto «no más tarde» del 15 de enero de 1992, si antes se satisfacía el precio total convenido, asimismo, no está acreditado que la recurrente, previamente a la referida fecha, efectuara requerimiento de pago de la suma restante, ni tampoco que hubiera llevado a cabo actividad alguna para la elaboración de la escritura pública, si bien consta que con fecha 21 de febrero de 1992, la recurrida requirió notarialmente a la otra parte para tal otorgamiento, que de adverso fue negado por considerar resuelto el contrato, así como que, el día 31 de agosto de 1992, don Jesús Val Arnedo remitió un telegrama donde recordaba la obligación de otorgar escritura pública a ésta y afirmaba que, en dicho momento pagaría lo adeudado. La apreciación probatoria referida excluye la vulneración del precepto citado como conculcada, toda vez que son presupuestos para la aplicación de éste, en relación con el artículo 1.214 del Código Civil, los siguientes: *a)* la reciprocidad de las prestaciones convenidas; *b)* la exigibilidad de las mismas; *c)* la observancia por el reclamante de lo de su incumbencia, y *d)* la voluntad manifiesta de la parte adversa a no satisfacer su obligación y los datos demostrativos expresados en el párrafo precedente; y es que, mientras se evidencia que la vendedora no ha observado las obligaciones a su cargo, no aparece actitud patente alguna del comprador para no efectuar sus prestaciones, aparte de que esta Sala tiene reiteradamente declarado que no está justificada la negativa del vendedor si fuera pactada la simultaneidad entre el pago del precio y el otorgamiento de la escritura de compraventa. Además, la decisión recurrida no ha tenido en cuenta que la facultad de compelelse recíprocamente las partes al otorgamiento de escritura pública exige que el contrato esté completo, no sólo en orden al consentimiento, sino a los demás elementos esenciales a su validez. No ofrece duda la presencia de los requisitos determinados en el artículo 1.261 del Código Civil: consentimiento de los contratantes; objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca para la validez del contrato suscrito por/entre los litigantes.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

RETRACTO.—NO PROCEDE PORQUE LOS ARRENDATARIOS HABIAN RENUNCIADO EN DOCUMENTO PUBLICO A TODOS LOS DERECHOS DERIVADOS DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Torrijos desestimó la demanda, confirmando la Audiencia Provincial de Toledo.

No se admite la casación. El recurrente y su hermano firmaron un documento notarial en el que hacían constar que «...renuncian a todos sus derechos, facultades y obligaciones relativas al arrendamiento del que son titulares sobre la finca rústica sita en Nombela (Toledo)». Tal renuncia se hizo en documento público, como exige la Ley de 31 de diciembre de 1980, y la prohibición que aparece en el citado precepto no es aplicable cuando se realiza en momento posterior al contrato de arrendamiento, que es precisamente lo aquí acontecido (sentencias de 7 de abril 1986 y 19 de septiembre de 1989).

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL NO SE PIERDE POR LA SITUACION DE JUBILADO O PENSIONISTA DEL ARRENDATARIO COMO RECONOCE LA JURISPRUDENCIA DE ESTA SALA. LA VALORACION DE LA FINCA SE HACE CONFORME A LOS CRITERIOS DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado de Guernica estimó la demanda y la Audiencia Provincial de Bilbao rechazó la apelación.

No procede la casación. El arriendo en litigio data de mucho antes de 1935 y fue ostentado como arrendatario, sucesivamente por los antecesores del recurrido. Consta acreditado el carácter de cultivador personal del actor que se halla jubilado y lleva la explotación con la ayuda de su hijo; no es óbice para ello el que este hijo trabaje en una empresa, sin que conste la cesión de la explotación a favor de dicho hijo. Para valorar la finca se atiende a los criterios del artículo 43 LEF, dejando la concreción del *quantum* para ejecución de sentencia, evitando así que el artículo 39 LEF determine que el valor quede por debajo del real. La profesionalidad del arrendatario se centra en la dedicación a las actividades agrarias más que en la capacidad para realizar las faenas propias de una explotación. Esta Sala, a partir de la sentencia de 19 de mayo de 1986, llega a la conclusión de no confundir la jubilación con la pérdida de profesionalidad agraria, ya que la condición de cultivador personal no se pierde por la edad del arrendatario ni por su situación de pensionista, ya que los artículos 15 y 16 LAR no tienen prohibiciones referidas a la edad de jubilación (sentencias de 28 de enero y 3 de junio de 1988, 20 de febrero

y de 6 de junio de 1989). Tampoco es de tener en cuenta el motivo que alega la no aplicación del artículo 47 LEF que establece el abono, además del justo precio, de un 5 por 100 como premio de afección. Al dejar la concreción del *quantum* a la ejecución de sentencia, es indudable que la Sala *a quo* se atuvo a lo preceptuado en la LEF, ya que el artículo 47, como de carácter imperativo, ha de ser tenido en cuenta en la ejecución ordenada para cuantificar el precio, por lo que es innecesario insistir en ello.

EXTINCION DE APARCERIA.—LA FALTA DE PREAVISO NO ES OBSTACULO POR QUE LA APARCERIA ERA DE DURACION INFERIOR A UN AÑO Y ADEMAS NO SE NECESITA CUANDO LA CAUSA DE EXTINCION ES EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL APARCERO. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Alcoy estimó la demanda y la Audiencia Provincial de Valencia confirmó.

No se admite la casación. Alega el recurrente que no se cumplió el preaviso de un año, pero tal preaviso es necesario para las aparcerías superiores a un año, pero esta aparcería no es superior a un año y además el tribunal *a quo* estimó como causas de extinción el incumplimiento grave de las obligaciones del aparcero y falta de practicar desde hacía años la partición de frutos, para las cuales no es precisa la concurrencia del preaviso. La no admisión de la prueba de reconocimiento judicial no supone indefensión, ya que el Tribunal Constitucional dice que el derecho que reconoce la Constitución es el de ser acogido u oído en el proceso y la tutela judicial se obtiene aunque se rechace o deniegue lo interesado por las partes, siempre que concurra la causa legal correspondiente, como es la facultad del juez de repeler las pruebas que estime impertinentes o inútiles que es lo que ha sucedido en este caso.

COMPRA Y ADQUISICION FORZOSA DE FINCA.—PARA EXCLUIR EL ARRENDAMIENTO DE LA LEY ESPECIAL ES PRECISO QUE EL VALOR DEL SUELO SEA SUPERIOR AL DOBLE DEL QUE CORRESPONDA A SU DESTINO AGRARIO EN LA ZONA. EL ARRENDATARIO ES CULTIVADOR PERSONAL DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado de Balmaseda desestimó la demanda y la Audiencia de Bilbao estimó parcialmente la apelación.

No procede la casación. Para poder excluir el arrendamiento de la LAR es preciso que el valor de las fincas sea superior al doble del que corresponda a su destino agrario en la zona. El arrendatario actual es el sucesor de los anteriores, siendo pensionista por invalidez, pero trabajó en su época las fincas arrendadas y es cultivador personal por tanto. El suelo no es urbano ni urbanizable sino rústico. Tampoco se puede admitir que se trate de un contrato nuevo, ya que trae causa y es continuación de los anteriores, ni que el actor no sea cultivador personal y directo, como se pretende en el recurso, ya que la casación no es una tercera instancia.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD NO PUEDE SUPONER UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL ARRENDATARIO, SINO QUE EL PRECIO HA DE SER EL EQUIVALENTE ECONOMICO DEL BIEN QUE SE ADQUIERE. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Vitoria estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Triunfa la casación. Se admite el derecho de acceso a la propiedad y el debate queda reducido a la estimación del precio a satisfacer a la parte arrendadora, ya que ésta reconoce la existencia de los preceptos legalmente previstos para el acceso. La Ley de Arrendamientos Rústicos creó las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, siendo la demanda ante dichas Juntas el verdadero derecho de acceso a la propiedad, prevenido en el artículo 98.1 y Disposición Transitoria 3.^a de la Ley de 1980, y tal demanda tuvo lugar dos veces sin avenencia, por lo que no es correcta la afirmación de aplicabilidad de la ley del Suelo de 25 de julio de 1990, máxime cuando en dichas demandas se propugna la aplicación de la legislación, entonces vigente, de Expropiación Forzosa. Por otra parte, el acceso a la propiedad no puede suponer un enriquecimiento injusto del arrendatario con el paralelo empobrecimiento del arrendador cuando se enajena a un extraño, ya que si el arrendatario adquiere su propiedad y la expropiación ha de representar el equivalente económico del bien que se pierde, es decir, que sea suficiente para adquirir en el mercado otro bien análogo al que sale del patrimonio. Como dice la sentencia de 13 de noviembre de 1992, el carácter social del acceso se cumple con facilitarlo en los arrendamientos históricos, en los que el transcurso del tiempo ha llegado a desdibujar los conceptos de propiedad y de arrendamiento, pero no en proporcionar un jugoso negocio al arrendatario protegido por la ley. Y ello lo demuestra la Ley de Arrendamientos Históricos Rústicos de 10 de febrero de 1992 que, en materia de arrendamientos históricos, dicta cuál es el precio que ha de satisfacerse en los casos de acceso, que dista mucho del vigente en materia urbanística, y que habiéndose seguido por el Juez de Primera Instancia ha de ser aceptado, sin dilatar su determinación concreta para el período de ejecución de sentencia, siendo además acorde con las coordinadas señaladas en la Ley de Expropiación Forzosa.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LOS NUEVOS ARRENDADORES MANIFESTARON SU DESEO DE SUBROGARSE EN EL ARRENDAMIENTO PRODUCIENDOSE, NO LA EXTINCION, SINO LA NOVACION MODIFICATIVA DEL MISMO ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado de Villafranca de los Barros estimó la demanda y la Audiencia de Badajoz rechazó la apelación.

No se admite la casación. Existía un contrato de 1979 por seis años, prorrogable por otros seis más, sin que conste la extinción del contrato por la creación de otro nuevo y sin que la aportación por el demandado de resguardos bancarios de ingresos correspondientes a la renta por sí solos y sin soporte probatorio distinto, sea determinante de que haya existido una extinción del primitivo contrato sino, a lo sumo, una novación modificativa. No existe

contradicción en la sentencia, ya que ésta basa la resolución en el compromiso del arrendador de cultivar directa y personalmente la finca. No se contempla la extinción del contrato de arrendamiento por fallecimiento del arrendador usufructuario sino de la posibilidad de resolver el contrato por parte de quien adquiera el usufructo de la cosa arrendada y, en este caso, los nuevos arrendadores no sólo manifestaron su deseo de resolución sino que mostraron el designio de subrogarse en el mismo, produciéndose una simple novación modificativa por lo que el contrato anterior continuó su tracto sin que fuese sustituido por uno nuevo.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—ES LIBRE FACULTAD DE LOS JUZGADORES, NO SOMETIDA AL PRINCIPIO DE PETICIÓN DE PARTE, LA DE ACORDAR PARA MEJOR PROVEER CUALQUIERA DE LAS DILIGENCIAS DE PRUEBA A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 340 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Pola de Laviana desestimó la demanda, pero la Audiencia de Oviedo acogió la apelación.

No procede la casación. La arrendataria es sucesora de su madre, siendo cultivadora personal de la finca y teniendo ésta un valor inferior al doble del precio que corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo. Se alega por la parte recurrente que la Sala acordó una diligencia para mejor proveer, consistente en que el perito ratificara el informe hecho en 1.ª Instancia, considerando irregular la forma en que dicho acto fue practicado ante la Sala de apelación, pero esto supondría, como mucho, un quebrantamiento de forma, cuyo cauce procesal no es el aquí utilizado que afecta a la jurisdicción de la Sala, que acordó una nueva prueba no pedida por ninguna de las partes y en esa prueba el perito realizó una valoración de la finca litigiosa, distinta de la hecha en el informe del Juzgado. Pero esto no es así, ya que es libre facultad de los juzgadores, no sometida al principio de petición de parte la de acordar, para mejor proveer, cualquiera de las diligencias de prueba a que se refiere el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es lo que hizo la Sala de apelación al acordar que el perito se ratificara en el informe que había emitido en primera instancia y que los defensores de las partes pudieran pedir aclaraciones que consideren oportunas y fueran declaradas pertinentes, con lo que se subsanó el quebrantamiento de forma del Juzgado de Primera Instancia, al limitarse a recibir el informe pericial sin conceder a las partes dicha facultad y sin causar indefensión a la parte demandada recurrente, pues su Letrado estuvo presente en la diligencia, pidió aclaraciones y en el plazo de tres días alegó por escrito cuanto estime conveniente sobre dicha diligencia.

Arrendamientos urbanos

CESION ILEGAL.—LA ACTIVIDAD DE LA ASOCIACION QUE OCUPA EL LOCAL ESTA INCURSA ENTRE LAS QUE DESPLIEGAN LOS SERVICIOS DE LA GENERALIDAD EN LA LOCALIDAD Y NO SUPONE LA INTRODUCCION DE UN TERCERO QUE ASUMA ILEGALMENTE LA CONDICION DE ARRENDATARIO. (SENTENCIA 17 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Terrassa estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la anterior.

No procede la casación. El local fue arrendado a la Sección Femenina, pero en octubre de 1986 se subrogó en el contrato la Generalidad, lo que se notificó al propietario, y el Ayuntamiento, por otra parte, alegó que en este local estaban instalados ciertos organismos dependientes de la Comunidad, como la Asociación de Maestros, por lo que el Juzgado estimó que, desconociendo el propietario los vínculos jurídicos que unían al arrendatario con otras personas o entidades, procede la resolución. Recurrída la sentencia, la Audiencia estimó que la prueba documental demuestra que la Generalidad mantiene en el local determinados servicios que le son propios, con intervención del Ayuntamiento, demostrando una coordinación interadministrativa entre Generalidad y Municipio, tendente a la mejor oferta de un buen servicio al ciudadano, siendo irrelevante la presencia de la Secretaría de la Asociación de Maestros, ya que es una entidad sin lucro, que es lógico que sea protegida por la Administración autonómica en la zona de su influencia. La actividad de esta Asociación está incurra en la que, con carácter general, de tipo cultural, despliegan los servicios de la Generalidad en la localidad, no suponiendo la introducción de un tercero de forma ilegal que asuma la cualidad de arrendatario, ya que no existe sino una dedicación coadyuvante con el objeto socio-cultural del Ente autonómico arrendatario, ya que no se da el supuesto de que una persona ajena ocupe indebidamente el lugar del arrendatario, por completo.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—EL INCUMPLIMIENTO DE ALGUNAS OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR NO AUTORIZA LA FALTA DE PAGO DE LA RENTA POR EL ARRENDATARIO, SIEMPRE QUE LA COSA HAYA SIDO ENTREGADA AL MISMO EN CONDICIONES DE SERVIR PARA EL USO PACTADO. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 3 de Cádiz estimó la demanda y la Audiencia de Sevilla confirmó la anterior.

No se admite la casación. Existe un acta de inspección de la Junta de Andalucía que determina que existe un incumplimiento de algunas obligaciones del arrendador, pero la arrendataria no fue privada del uso del local, puesto que no hubo clausura de la misma y la falta de una obligación de carácter accesorio del arrendatario no puede justificar el incumplimiento que de la obligación de realizar el pago corresponde al arrendatario, estando fuera de duda la entrega de la cosa objeto del contrato en estado de servir para el uso pactado y el mantenimiento de la arrendataria en el goce pacífico del arrendamiento, así como una normal diligencia en la subsanación de los defectos señalados por la inspección que no tenían especial gravedad, todo lo

cual excluye el incumplimiento alegado por el recurrente. En cuanto a si se produjo subarriendo, lo cierto es que carece de trascendencia cuando por lo demás se admite la demanda, siendo irrelevante para impugnar lo decidido en sentencia recurrida.

DESAHUCIO.—NO PUEDE ENTENDERSE QUE LAS OBRAS SE REALIZARON FUERA DE PLAZO, PORQUE AL NECESITAR LICENCIA DEL AYUNTAMIENTO, NO PODÍA CONTARSE EL PLAZO A PARTIR DE DICHA LICENCIA. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 5 de Barcelona desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. En el contrato de arrendamiento de 1987 se autorizaron unas obras durante el plazo de un año para acondicionar la nave, según las necesidades de la industria, siempre que no se modifique la estructura de dicha nave. En 1988 la entidad arrendataria, mediante carta, solicitó al arrendador autorización para realizar obras de saneamiento del patio interior y la sustitución del viejo techo por un plazo de seis meses. La sentencia recurrida dice que las obras realizadas son las autorizadas por la referida carta y por el contrato de arrendamiento y lo único que hay que examinar es si el arrendatario se extralimitó al efectuar las obras, bien por modificar la estructura del local, bien en el tiempo. En cuanto a lo primero, las obras eran necesarias para adecuar el local al uso a que iba destinada sin modificar la estructura del local. En cuanto al tiempo, si es cierto que las obras se han realizado fuera del plazo concedido, no es menos cierto que, tratándose de obras mayores, no podía realizarlas hasta que le fuese concedida la licencia por el Ayuntamiento, lo que no sucedió hasta febrero de 1990, y la resolución llevaría aparejada el separar a la arrendataria del local, poco después de haber efectuado a su costa importantes obras de mejora, valoradas en dieciocho millones de pesetas, por lo que la resolución se hallaría incurso o próxima al supuesto de abuso o ejercicio anormal del derecho, a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 9 LAU.

RETRACTO.—SOLO PROCEDE LA CASACION EN LOS ARRENDAMIENTOS DE LOCALES DE NEGOCIO PERO NO EN LOS DE VIVIENDA. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia desestimó la apelación.

No procede la casación. La nueva orientación de esta Sala que ha consolidado reiterada jurisprudencia establece que en los supuestos, como en el presente, de ejercicio de acción de retracto arrendaticio de vivienda al amparo de los artículos 48 y concordantes de LAU no es susceptible de ser recurrida en casación la sentencia de la Audiencia por estar sometida la acción a la disciplina normativa especial, señalando el artículo 135 LAU que sólo prevé la casación para los locales de negocio en régimen arrendaticio y cuya renta exceda de 500.000 pesetas anuales, lo que no ocurre en este supuesto.

DESAHUCIO.—NO EXISTIA EL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR PARA REALIZAR LAS OBRAS, PUDIENDO EN CASO DE NEGATIVA HABER PEDIDO LA AUTORIZACION JUDICIAL. NO SE DA EL CONSENTIMIENTO TACITO DEL ARRENDADOR PORQUE EL SILENCIO O INACTIVIDAD DEL MISMO NO IMPLICA QUIESCENCIA TACITA. (SENTENCIA 10 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Ibiza desestimó la demanda, pero la Audiencia de Palma revocó la anterior.

No procede la casación. Las obras realizadas por el arrendatario no se ajustaron a la autorización hecha por el arrendador. Si tan necesarias eran, sobre todo la demolición de lo ubicado en el jardín ante su entidad estructural, y dado el desbordamiento que suponía de la autorización contractual, pudo muy bien ante la propia convicción de su derecho, dirigirse a obtener la autorización judicial que marca el artículo 114.7.º, tercer párrafo, lo que no cumplió el recurrente en absoluto. En orden al supuesto consentimiento implícito por el arrendador ha de constatarse: a) Que las obras efectuadas no son unas obras necesariamente requeridas para el acondicionamiento del local a la actividad que se desarrolla en él (sentencia de 13 de julio de 1993). b) Que no existan indicios de que el silencio o inactividad del arrendador, en punto al ejercicio de la acción resolutoria, suponga aquiescencia tácita a su ejecución, no habiendo transcurrido el tiempo hábil de prescripción, máxime cuando están ejecutadas contra la autorización contractual, lo que hubiera exigido una serie de actos por parte del arrendador que por constituir una *facta concludentia* hubieran entrado en el marco de los «actos propios», lo que aquí no acontece. Como dice la sentencia de 16 de octubre de 1964, corroborando una pacífica doctrina de esta Sala, conocimiento no equivale a consentimiento, y no sirve como base o raíz deductiva para apreciar asentimiento por parte del dueño del local.

RESOLUCION.—LA AUTORIZACION PARA REALIZAR OBRAS SE HACE CON CARACTER INDEFINIDO POR LO QUE, AUNQUE SE HAGAN DIECIOCHO AÑOS DESPUES, ESTAN COMPRENDIDAS DENTRO DE ELLA. (SENTENCIA 16 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 5 de Ponferrada desestimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

No se admite la casación. En el contrato de 1952 se decía que eran de cuenta de la arrendataria todas las obras de acondicionamiento de la misma, incluso la calefacción, caso de instalarse, obras que se considerarán realizadas con carácter definitivo que quedarán a beneficio del inmueble una vez finalizado este contrato de arrendamiento sin que pueda exigir por ello indemnización alguna. En 1973 se hizo una modificación del primitivo contrato para que en cualquier momento el Banco arrendatario pueda realizar cuantas obras, reformas e instalaciones estime convenientes o necesarias, detallándose luego con amplitud, cuáles pueden efectuarse, siendo éstas por cuenta de la arrendataria. En esta autorización de 1973 se concede un plazo indefinido por lo que si las obras se realizan dieciocho años después están comprendidas en la misma y se refiere a todas las obras, con la única limitación de salvaguardar la seguridad del edificio y de responder de los perjuicios que puedan ocasio-

nar al resto del inmueble. A lo más que se podría llegar es a demostrar que se han ocasionado esos perjuicios en el inmueble, de que habla la cláusula contractual.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LOS LOCALES DESTINADOS A LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE LAS CAJAS DE AHORRO SE CONSIDERAN LOCALES DE NEGOCIO A LOS EFECTOS DE SU ARRENDAMIENTO. LA FUSION DE LA ARRENDATARIA CON OTRA SOCIEDAD, ANTES DE LA REFORMA DE 1989, SUPONIA UN CASO DE TRASPASO O CESION ILEGAL. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 10 de Barcelona desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No procede la casación. La demanda se basaba en la resolución por cesión ilegal de los cuatro contratos relativos a cada uno de los inmuebles afectados. La Caja Rural de Barcelona fue absorbida por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona, que luego se fusionó con la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, por lo que uno de los demandados carecía de personalidad jurídica por haber sido absorbida por el otro. No puede admitirse el carácter de arrendamiento de vivienda de los contratos en litigio. La LAU establece que los locales ocupados por entidades benéficas, como está calificada legalmente la entidad recurrente, se regirán por las normas del inquilinato (art. 4.2) pero, no obstante, se regirán por las normas aplicables al arrendamiento de locales de negocio, los locales destinados al ejercicio de la actividad económica de estas entidades (art. 5.2.1 LAU) y siendo indudablemente actividades económicas las ejercitadas por la entidad recurrente, es evidente que los locales que ocupan las Cajas de Ahorro tienen el carácter de locales de negocio. La doctrina jurisprudencial es constante y reiterada al sostener que los casos de fusión de sociedades producen efecto resolutorio de los contratos de arrendamiento urbano sin que sea aplicable la modificación hecha en 1989 de la LAU que estima que no existe traspaso en los casos de fusión, ya que la nueva legislación no es aplicable por no tener efecto retroactivo.

REVISION DE RENTA.—AUNQUE NO SE EJERZA LA REVISION PACTADA EN UN PERIODO DETERMINADO, EL ABANDONO DE LA ACCION SOLO SE REFIERE AL COBRO DE LA RENTA DEL MISMO PERIODO, PERO NO A LA FIJACION DEL COEFICIENTE DE ACTUALIZACION DE LA RENTA QUE DEBE SER EL QUE CORRESPONDA DESDE LA ULTIMA ELEVACION REALIZADA. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 14 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó en parte la apelación.

No procede la casación. La Audiencia estimó el derecho del propietario a percibir desde el 1 de enero de 1989, por el concepto de renta del local, la suma de 70.376 pesetas mensuales, consecuencia de la validez de la cláusula de estabilización pactada en el contrato de arrendamiento de 1980, que fija la revisión anual en armonía con el IPC que fije el INE. La revisión de la renta es una facultad del arrendador que puede o no ejercer, exigiéndose la oportuna declaración de voluntad recepticia en cada período de revisión previsto,

so pena de que se entienda renunciada la elevación convenida para ese período. Aunque exista una voluntaria dejación del arrendador de su facultad de elevación de la renta en un período, la situación de abandono sólo es predicable para la renta de ese concreto período, pero no en lo que atañe al coeficiente de elevación correspondiente que permanece vivo y ha de contar, en el momento en que el arrendador decida ejercitar el derecho a la actualización de la renta. El montante del coeficiente de elevación a aplicar ha de ser tomada en toda su extensión desde que la última elevación tuvo lugar, abstracción hecha de que el arrendador hubiese o no aplicado los incrementos procedentes porque sólo así se cumple el designio contemplado en el contrato de que se mantenga la equivalencia o proporcionalidad de la prestación, esto es, que el valor inicial convenido en concepto de renta, permanezca a cubierto del insistente y progresivo movimiento que sufre el poder adquisitivo del dinero (sentencias de 27 de enero y 28 de noviembre de 1987, 24 de mayo de 1982, 9 de marzo de 1988 y 19 de abril de 1990).

REPERCUSION DE OBRAS EN LA RENTA.—LAS OBRAS REALIZADAS SON REPERCUTIBLES EN LA RENTA, PUDIENDO EL ARRENDADOR EJERCITAR SU DERECHO EN CUALQUIER TIEMPO, SIN QUE LA ELEVACION TENGA EFECTO RETROACTIVO. (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Bilbao desestimó la demanda y la Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación, estimando la reconvención y confirmando la desestimación de la demanda.

No se admite la casación. El Juzgado declaró que la arrendadora no tenía derecho a repercutir ninguna cantidad por las obras realizadas en el inmueble, pero no están incluidas en las amparadas por la LAU, pero la Audiencia Provincial declaró la repercutibilidad de las obras por razón de la camisa de la pared, por rehabilitación de la fachada y por reparación del tejado. El recurrente alega la caducidad de la acción que se ejercita en la reconvención, pero olvida lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 101 LAU, que dice que la facultad del arrendador para elevar la renta o conceptos asimilables podrá ejercitarse en cualquier tiempo, sin que la elevación tenga efecto retroactivo. El arrendador realizó la notificación preceptiva por escrito en la forma exigida por la Ley para reclamar el derecho a las diferencias que se concede al mismo, sin que se haya acreditado la caducidad, una vez que el acreedor ejercitó su acción conforme al apartado 1.º del artículo 101 LAU.

RETRACTO.—EL ARRENDATARIO SOLO LO ES DE PARTE DEL INMUEBLE QUE SE HA VENDIDO EN SU TOTALIDAD, POR LO QUE NO PROCEDE EL RETRACTO. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Tudela desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Se desestima también la casación. El inmueble se vendió en su totalidad y el recurrente sólo es arrendatario de una parte de la finca. Es inoperante que el que recurre sea ocupante único de la misma porque existen otros espacios físicos perfectamente delimitados, no habitados. No prueba el recurrente que los locales que lleva en arriendo constituyan finca independiente del resto y,

como tal, hubiera sido objeto de transmisión onerosa al recurrido, y el artículo 47 LAU exige imperativamente que en los casos de venta del propietario a terceros, podrá ejercitar los derechos preferenciales sobre el piso o local que ocupe, es decir, que no pueda desgajarse del resto del inmueble al transmitir éste en su plenitud física. Es imposible conocer el precio de los espacios objeto del arrendamiento, ya que fue global y sólo es arrendatario de una porción menor del total vendido, ya que la LAU sólo concede la facultad de acceder a la propiedad de lo que se lleva en arriendo cuando se enajena. Tampoco supone nada el que se hubiera transmitido la mitad de la finca en 1975, ya que entonces no se individualizaron los locales poseídos a título arrendaticio por el recurrente, y la venta de ahora supone la consolidación a favor del demandado de todo el inmueble.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL ARRENDADOR, AUNQUE NO SEA PROPIETARIO, ESTA LEGITIMADO PARA PROMOVER LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO. LAS OBRAS NO ALTERAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL POR LO QUE NO CONSTITUYEN CAUSA DE RESOLUCION. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Torrejón estimó la demanda, pero la Audiencia revocó.

Triunfa la casación. La Audiencia estimó la excepción de falta de legitimación de la actora que era la madre, por haber sido adjudicados los locales a los hijos en la disolución de gananciales. La jurisprudencia de la Sala establece que, para ejercitar la acción resolutoria del arrendamiento, basta que el arrendador acredite tal condición, sin que sea necesario que tenga la propiedad (sentencias de 14 de junio de 1991, 3 de abril de 1983 y 8 de mayo de 1953), y la sentencia de 27 de noviembre de 1985, dice que el locatario no puede negar legitimación a la persona o entidad con la que celebró el contrato como arrendador, que está legitimado para promover el desahucio. Admitida la legitimación es preciso determinar si el arrendatario (Colegio Nacional de Registradores) realizó obras que sean causa de resolución. La sentencia de 30 de enero de 1991, dice que el cambio de lugar de los tabiques produce un cambio en la configuración del local, siendo necesario que las obras sean de las llamadas fijas o de fábrica, sin que quepa aplicar este precepto cuando se trate de obras móviles no adheridas a las paredes, suelo y techo, mediante obras de albañilería. Esta doctrina lleva a la desestimación de la demanda, ya que las obras realizadas carecen de la entidad suficiente para entender que por ellas se ha alterado la configuración del local, pues no se modifica la distribución de los espacios comprendidos entre sus muros perimetrales, ni se ha procedido a un cambio de los tabiques que dé nueva forma a las habitaciones de que consta el local, dándoles mayor o menor extensión.

C. R. R.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

LÓPEZ LIZ, JOSÉ: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998. Un tomo de 309 págs.

La comunidad familiar de bienes, en su modalidad de gananciales, las más común en España, es también la que plantea mayor número de cuestiones y la que no siempre es plenamente comprendida. En efecto, origina problemas derivados de su naturaleza que la tipifica como una comunidad germánica o en mano común. Los problemas se agudizan cuando el patrimonio común está formado por bienes inmuebles.

La adquisición, administración y disposición de los mismos, así como su gravamen hipotecario y las anotaciones de embargo de las fincas gananciales, suelen presentar no pocas dificultades a la práctica de los juristas. A esas continuas dificultades ha venido a añadirse ahora, en los supuestos de separación y divorcio, la cuestión de atribuir y bajo qué título, la vivienda que antes fuera familiar a uno u otro de los cónyuges que se separan.

Todos estos temas aborda en este libro su autor, el abogado barcelonés JOSÉ LÓPEZ LIZ, ya conocido de nuestros lectores por los comentarios que se han publicado en estas páginas de otros libros suyos que le acreditan como escritor prolífico, preocupado por problemas de gran actualidad jurídica.

Tiene LÓPEZ LIZ, según hemos podido notar en otros libros anteriores y también en éste, un estilo directo y sencillo en el que habla escuetamente al lector pretendiendo convencerle, lo que consigue con sus ideas claras y en un lenguaje que, siendo básicamente científico, tiene un cierto tinte coloquial. Así presta bastante amenidad en temas que son abstractos de por sí, que ya es decir, por lo que sus libros se leen con facilidad.

En el prólogo, nuestro buen amigo el profesor ANTONIO LUNA SERRANO, Catedrático de Derecho Civil, nos dice que este libro es fiel expresión del buen saber y buen escribir y argumentar del autor y de su manera de ser de jurista; intuitivo y reflexivo a la vez, es defensor brillante de lo que considera más probable y acertado. Estamos de acuerdo.

Se inicia el libro con un preámbulo en el que LÓPEZ LIZ nos narra con gracejo su participación en un Congreso de Familia mediante una ponencia sobre «Igualdad de los cónyuges y gestión de los bienes conyugales», que apenas pudo exponer por las premuras de tiempo. Es una lectura deliciosa.

Pero ya entra, después, seriamente en materia, ordenándola en cinco grandes partes en que se divide el libro. La primera se refiere a los bienes gananciales; la segunda estudia los privativos de los cónyuges; la tercera está dedicada a la hipoteca de bienes gananciales; la cuarta a su embargo, y en la quinta y última parte se aborda la cuestión de la vivienda.

En el capítulo 1.º se estudia la adquisición, administración y disposición de los bienes gananciales de la sociedad conyugal, partiendo de la base de que esta sociedad no tiene personalidad jurídica, sino que más bien está constituida por un patrimonio separado y especial de ambos cónyuges. Así se deduce del propio artículo 1.344 del Código Civil, que más que definir la sociedad de

gananciales señala el destino de sus bienes, y eso más bien mirando al momento de la disolución.

La adquisición onerosa de bienes para la sociedad de gananciales puede realizarse por ambos cónyuges o sólo por uno de ellos, siempre que sea a costa del caudal común y atribuyéndoles la cualidad de comunes. El autor estudia los requisitos de esas adquisiciones y su inscripción en el Registro en los distintos supuestos posibles, acudiendo para ello a las normas del Código y a las hipotecarias, y contempla también la posibilidad de atribuir el carácter ganancial al supuesto de la adquisición gratuita de bienes por ambos cónyuges, conjuntamente, a que se refiere el artículo 1.353 del Código Civil.

La reforma del sistema familiar del Código Civil que se plasmó en 1981 ha supuesto una modificación sustancial de las reglas que ordenaban la administración y disposición onerosa de los bienes gananciales. Actualmente, en defecto de un régimen distinto, voluntario o capitular, el artículo 1.375 establece de forma imperativa que la gestión y disposición de dichos bienes corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, sin otra posibilidad que la autorización judicial supletoria. El libro recoge toda la articulación del Código Civil al respecto, así como la del Reglamento Hipotecario, tanto para los actos onerosos como para la disposición gratuita, citando algunas sentencias del Tribunal Supremo.

En el capítulo segundo pone en cuarentena la idea de que es inmutable la presunción de ganancialidad que se establecía en el Código Civil, tras su reforma de 1981. Si bien parece que el nuevo artículo 1.361 recoge la misma doctrina del antiguo artículo 1.407, en cuanto se siguen presumiendo gananciales los bienes existentes en el matrimonio en tanto no se pruebe lo contrario, el autor, partiendo de la idea básica de que esta sociedad es sólo una propiedad o un patrimonio, nos dice a seguido que el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges arrumba y destruye la presunción de ganancialidad. Según él, el nuevo artículo 1.355 del Código Civil da pie para que los cónyuges puedan atribuir la condición que les plazca a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio. Y nos dice que tras la reforma de 1981, la presunción ha quedado reducida a un solo caso, el de la adquisición onerosa por uno solo de los cónyuges, sin expresar que lo hace para la sociedad conyugal y declarando ser privativo el precio sin acreditarlo. Pero hemos de anotar que ya varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros no se conforman con esa supuesta libertad de los cónyuges para cambiar la naturaleza de los bienes, viniendo a exigir la constancia de una causa jurídica expresa de esos actos para poder ser inscritas estas mutaciones de la naturaleza de los bienes.

Por ello, al menos en la práctica registral, no parece muy aceptable la idea que se defiende en el libro de esa total decadencia de la presunción de ganancialidad. No hay más que ver las frecuentes notas adversas de calificación, normalmente confirmadas en las decisiones superiores que resuelven los recursos.

En el capítulo 3 se estudia el artículo 1.322 del Código Civil, que no se modificó en 1981 sino antes, en 1976, para regular la anulabilidad de los actos de disposición onerosa y de administración y la más radical nulidad de los actos a título gratuito, cuando falta el consentimiento del otro cónyuge.

En la segunda parte del libro, integrada en su totalidad por el capítulo 4, se estudian los bienes privativos en su adquisición, administración y disposición dentro del ámbito de la sociedad conyugal. Siguiendo en la idea antes

apuntada, LÓPEZ LIZ nos dice que no sabe hasta qué punto resulta justificado un estudio de los bienes privativos de cada uno de los cónyuges cuando la repetida reforma de 1981 ha venido a reconocer el casi absoluto protagonismo de los esposos consagrando el principio de la autonomía de la voluntad. A pesar de ello y autocalificándose de terco, dice que va a derrochar el tiempo ocupándose de estos bienes. Y a fe que lo hace con detenimiento, diciendo que, por exclusión, una vez suprimidos los antes llamados bienes parafernales y aún los dotales (excepto en algunas regiones forales), son privativos los bienes que no sean gananciales. No obstante, atiende al artículo 1.346 del Código Civil, y sigue estudiando tanto la adquisición onerosa como la gratuita de los bienes privativos y su inscripción en los distintos supuestos de todos conocidos, y también nos detalla la administración y la disposición de estos bienes, con escrupulosa precisión.

La tercera parte, que es el capítulo 5, se refiere a la hipoteca de los bienes de la sociedad conyugal. No es muy extenso este capítulo, pues presenta pocas dificultades en la práctica. Al tratarse de bienes gananciales, se precisa el consentimiento de ambos esposos, ya que la hipoteca entraña una enajenación en potencia; sólo se puede suplir ese consentimiento mediante la autorización judicial cuando lo considere de interés para la familia (art. 1.377 del Código Civil, que se analiza).

El embargo de los bienes genera una multitud de problemas porque a veces es difícil determinar tanto las deudas como los bienes que se pueden comprender en estas especiales relaciones jurídicas. Bien saben de estas dificultades tanto los Abogados como los Jueces y Registradores. El autor, que es abogado en ejercicio, conoce de primera mano todo este proceloso entramado, y por ello lo expone con gran detalle a lo largo de esta extensa cuarta parte del libro, que comprende nada menos que cuatro capítulos.

En el capítulo 6 se estudian los derechos y obligaciones susceptibles de ser asegurados mediante el embargo de bienes del deudor. Se analizan las deudas privativas y las consorciales, sean estas últimas conjuntas o individuales de uno de los cónyuges, siendo contempladas todas a la luz de los correspondientes artículos del Código.

El embargo se trasluce y produce sus efectos a través de la correspondiente anotación preventiva, asunto frecuente que los Registradores conocemos bien por las cuestiones que a veces suscita. El autor conoce también la anotación, pero desde el otro lado, y así la expone con gran acierto, recordando la doctrina de la Resolución de 28 de marzo de 1983, sobre la notificación al cónyuge del deudor. También nos presenta algunos casos especiales entre los que destaca la vivienda familiar, que no es inembargable, ni interesa que lo sea, tal como nos dice el autor.

En el capítulo 8 se enfrenta a la discutida cuestión de si un título de propiedad de fecha anterior, pero inscrito con posterioridad, debe ser prevalente a la anotación de embargo. Según la jurisprudencia del TS que se recoge ampliamente, la anotación no constituye título traslativo ni produce efectos respecto al titular de derechos anteriores. Problema candante para los abogados y que más de una vez han producido dolores de cabeza a los Registradores y que se trata de aclarar en el libro al que nos remitimos.

Y la quinta parte, que es la última del libro, contiene un particular estudio de ese nuevo derecho ¿real? de uso especial de la vivienda familiar, que ha nacido a raíz de esa fiebre que les ha entrado a algunos matrimonios de separarse por un quitame allá esas pajas. El autor afronta el problema sin

frivolidades, aunque no aparta la tentación de dar antes unos simpáticos toques sobre la visión actual de la familia. Estudia la vivienda familiar cuando hay paz y cuando sobreviene la crisis. Es entonces, en este segundo caso, cuando hay que señalar a quién corresponde usar de la vivienda y cuál es la naturaleza jurídica de ese derecho, que no es el clásico del uso o la habitación del Código Civil, sino un derecho especial, nuevo, transitorio o definitivo, real o sólo contractual. Todo un entramado realmente penoso, pero que hay que afrontar cuando se presenta.

En resumen, un libro tan claro como completo sobre el régimen de los bienes dentro de la familia. Sobre todo, un libro práctico, escrito con la soltura y el dominio del idioma que tiene LÓPEZ LIZ, ese abogado que trabaja en Cataluña, donde rige el sistema de separación de bienes y que, sin embargo, ya se ve, conoce bien toda la problemática de la sociedad de gananciales.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

AMAT ESCANDELL, LUIS y otros: *Estudios de Derecho Agrario*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Politécnica, Valencia, 1999. Un tomo de 564 págs.

Una vez más, la séptima, por ahora, la Asociación Española de Derecho Agrario organizó un congreso para estudiar diversas cuestiones agrarias, que ha tenido lugar en Valencia en los días 28 al 31 de octubre de 1998.

Ahora, la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Comunidad Valenciana ha financiado la edición de este volumen en el que se recogen las ponencias desarrolladas, así como las comunicaciones que sobre estos temas se presentaron por diversos agrarismos integrados en dicha Asociación.

Ciertamente, como todos sabemos, las intervenciones orales de los asistentes a estos congresos se pierden casi siempre si no se recogen e imprimen de modo inmediato. Así ocurrió, que recordemos, en el congreso celebrado en Zaragoza en 1992, con motivo del quinto centenario del Descubrimiento de América, en el que hubo una brillantísima representación internacional de profesores que aportaron valiosas ponencias que constitufan un acabado estudio de Derecho Agrario comparado. Sólo se publicó el primer tomo, referido al Derecho Autonómico de España, y en cambio se dejaron de publicar las ponencias hispanoamericanas y otras tan interesantes como particulares de Estados Unidos, China y Rusia; éstas corren el riesgo de morir almacenadas en algún desconocido armario zaragozano, si no acude en su ayuda una mano amiga que pulse el arpa dormida.

Por fortuna, esta vez las promesas de colaboración oficial se han hecho realidad, y aquí tenemos este tomo, presentado por el catedrático de Derecho Agrario de Valencia, LUIS AMAT ESCANDELL, promotor y alma del congreso.

Tras las palabras inaugurales de la Consejera de Agricultura de aquella Comunidad, se recoge la lección inicial de JAIME LAMO DE ESPINOSA sobre «Futuro de la agricultura en la Unión Europea», el cual, para enfocar el tema, contempló primero la agricultura de los Estados Unidos de América y la de los países ex-comunistas del Este europeo, y también la competencia creciente de los países del otro lado del Mediterráneo, como Marruecos, Túnez e Israel, frente al bloque formado por la Unión Europea, y por ello se acude a reforzar los objetivos mediante la proyectada Agencia 2000.

Este último instrumento añade al inicial Tratado de Roma los siguientes objetivos:

1. Incremento de la competitividad tanto en la UE como fuera de ella.
2. Alto nivel de seguridad y de calidad de los alimentos.
3. La integración de los objetivos medio ambientales.

La primera ponencia, sobre «Explotaciones agrarias prioritarias», fue expuesta por JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos. Desarrolla el concepto de estas explotaciones según la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995, analizando sus requisitos y efectos, especialmente en relación con la PAC, o sea, la Política Agraria Comunitaria.

A esta primera ponencia se presentaron dos comunicaciones de FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ y GRACIELA MARTÍNEZ GARCÍA, sobre diversos aspectos de dichas explotaciones.

En la segunda ponencia, el Notario y agrarista ALBERTO BALLARÍN MARCIAL analizó el tema «Fiscalidad agraria. Impuesto de transmisiones, actos jurídicos documentados y sucesiones, para una reforma estructural de la agricultura española», en el que toca ampliamente los varios problemas tributarios que sufre el campo y propugna un tratamiento fiscal favorable para la agricultura, que tiene una base normativa en el artículo 130 de la Constitución, donde se programa un desarrollo especial de este sector a fin de equiparar sus rentas con las de otras actividades económicas.

En la tercera ponencia, el Catedrático LUIS AMAT ESCANDELL estudió las especialidades de los contratos agrarios en la normativa nacional y autonómica. Contempla la configuración y evolución doctrinal de los contratos agrarios, sus caracteres y clasificación, completando su exposición con la legislación nacional y regional sobre estos contratos.

Varias comunicaciones completan el panorama contractual, presentadas por DESAMPARADOS LLOMBART, JOSÉ MARÍA CABALLERO LOZANO, JOSÉ PASCUAL FERNÁNDEZ GIMENO, JOSÉ DAMIÁN TÉLLEZ DE PERALTA, ALBERTO RUIZ TOMÁS y PABLO AMAT LLOMBART.

El agua es un elemento importante para la agricultura en general, pero adquiere caracteres de necesidad superlativa en Valencia. Por eso es natural que el tema se tocara de modo especial en un congreso desarrollado en aquellas tierras. La cuarta ponencia, cuyos autores son RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ y MARÍA DOLORES MAS BADÍA, se titula «Reflexiones en torno a la ordenación jurídica de las aguas. Aspectos registrales y aguas para riego en la Comunidad Valenciana». La Ley de Aguas de 1985, con su criterio rotundamente publicista, ha dado lugar a que sobrevengan inexactitudes entre el contenido del Registro de la Propiedad y el Catálogo de Aguas; estos autores tratan de reducir esas discordancias y concluyen en que el Registro de la Propiedad proporciona una protección específica, mientras que el catálogo no ofrece ninguna. Se completa la ponencia con el estudio de la Ley autonómica valenciana de 22 de diciembre de 1986, sobre utilización de aguas para riego.

Sobre aguas hay tres comunicaciones de ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, JAIME APARCIO GRAU y MANUEL DAVID MASEÑO.

En la quinta ponencia se estudian las nuevas manifestaciones de la agricultura asociativa en España, por el catedrático JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, que esboza tres tipos de figuras de la agricultura de grupo y que son las socieda-

des agrarias en general, las sociedades agrarias de reforma y las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, y considera que son principios de estas formas asociativas la profesionalidad del agricultor, la actividad tanto agraria como pecuaria y forestal y su situación en el medio rural.

El libro contiene además siete comunicaciones referentes a este tema asociativo, cuyos autores son MARÍA DEL CARMEN SANZ ESCORIHUELA, RICARDO JOSÉ SERVER y AMPARO MEILÁN, LUIS PEDRO GALLEGO, ENEDINA CALATAYUD, MARGARITA SÁEZ, GLORIA DOMENECH y MARÍA DOLORES HERNÁNDEZ RUEDA.

Hay otras siete comunicaciones de tema libre, entre las que destacamos la del Catedrático GABRIEL GARCÍA CANTERO, titulada «Lectura crítica del Código Civil a la luz de la vigente legislación agraria», y la del Registrador de la Propiedad JESÚS LÓPEZ MEDEL, sobre «Doble inmatriculación y efectos de la informatización». Otros autores de tales comunicaciones son EMILIO PLANCHUELO ARIAS, MARÍA JOSÉ CAZORLA, LUIS MARTÍN-BALLESTERO y JAVIER GUILLÉN.

La lección de clausura del congreso estuvo a cargo de don JUAN SANZ BELLVER, Director General de Regadíos y Estructuras Agrarias de la Generalidad Valenciana, que expuso el tema puntual para aquellas tierras de «Presente y futuro del sector agrario de la Comunidad Valenciana».

Un éxito más de la Asociación Española de Derecho Agrario, que ya está preparando para el año próximo varias reuniones de cariz científico, en las cuales se seguirá estudiando la problemática jurídica y económica que atañe a la agricultura española, ahora encuadrada en la Unión Europea y que debe afrontar el futuro en el cauce de la Agenda 2000, que se presenta atrayente, y por eso es necesario estar bien informados. Esto justifica la celebración de estos congresos y jornadas informativas. Este libro nos da puntual noticia del congreso de Valencia y por eso es interesante.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

D'ORS, ALVARO: *Parerga histórica*, EUNSA, Pamplona, 1997, 361 págs.

Ya en otra ocasión nos ocupamos en esta misma sede de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año LXXI, n.º 631 (noviembre-diciembre/1995), págs. 2305-2308, de una tesis doctoral defendida en la Universidad de Santiago de Compostela por AGUSTÍN GÁNDARA MOURE, sobre *El concepto de Derecho en Alvaro D'Ors*. Ahora, con su particular visión de la historia, basada en textos, y de la historicidad del mismo Derecho, nos presenta ALVARO D'ORS «una colección de artículos de Historia jurídica» con frecuente incidencia en el Derecho Civil y sobre todo en la Metodología jurídica y Teoría General del Derecho. Divide su libro en dos partes, una dedicada al método y otra a recoger estudios diversos sobre instituciones ubicadas en diferentes momentos históricos. La tarea realizada por D'ORS es meramente una recopilación de artículos —diez en cada parte— reconociendo que se «reproducen en su forma original con muy pocas modificaciones», aunque ha añadido algunas notas a los mismos, con afirmaciones en ocasiones un poco fuertes. El título *Parerga* no es original y está tomado del derecho intermedio, donde ALCIATO escribió una obra *Parerga iuris*, de la que disponemos de una buena edición en Basilea en 1571, aunque esto D'ORS no lo dice.

Dentro de los aspectos metodológicos, tan sólo dos páginas y media alcanzan el primero titulado «verdad y veracidad». Constituye un fragmento de una

contribución más amplia donde realiza una reflexión filosófica, más que jurídica, de carácter abstracto sobre la imposibilidad del científico de alcanzar la Verdad —a la que identifica con la fe—. ¿Pretencioso? Tal vez, pero, en todo caso veraz sin duda. Dado que la Ciencia sólo puede pretender la objetividad, se plantea en el siguiente artículo —posterior en el tiempo, pero lógicamente situado en la posición que le asigna— el objeto de la Historia y la Verdad en esta ciencia, partiendo de lo que califica como una crisis del historicismo del siglo xx que implica la extinción de «la fuente de inspiración genial que venía animando singularmente a los grandes hombres de los siglos anteriores». Se publicaría inicialmente en la revista *Verbo* en honor a JUAN VALLET DE GORTISOLO de quien se atreve a afirmar, de forma contundente y con excesiva tendencia conservadora, que es un «gran defensor del pensamiento tradicional, en estos tiempos de fanatismo revolucionario» (pág. 19). Atribuye la referida crisis a un cambio de mentalidad a la que denomina «moderna», manifestada en diversas formas de «estructuralismo», unido a la aplicación a la Historia del método propio de la Sociología, defendiendo —quizá de forma exagerada— su independencia de esta ciencia. No advierte cuando afirma que la Historia debe reconducirse a «reflexiones personales sobre existencias personales y no sociales» que cualquier existencia se ubica en un contexto social y que el devenir de los acontecimientos históricos depende en gran medida del mismo, no pudiendo concebirse de forma abstracta.

El sentido con el que concibe la Verdad —en íntima conexión con la Teología— le permite concluir que el historiador no puede aspirar a la misma, sino todo lo más a la Objetividad. El hilo conductor de su argumentación sigue radicando en que la historia se ha de basar en los *verba* —textos— y no en los *facta* —hechos—. Volverá a acercarse a la Teología cuando parafrasea la afirmación paulina (II Cor 3,6), «la letra mata, el espíritu vivifica», intentando huir de una interpretación literal de la expresión con base en las Sagradas Escrituras como máxima expresión de letra y espíritu. Nos resulta este trabajo un tanto alejado temáticamente del objetivo inicialmente pretendido de alcanzar una colección de textos jurídicos, pese a que recurre a pasajes de juristas como PAULO y ULPIANO.

Centrada en la Historia del Derecho, propiamente dicha, se encuentra su pretensión de configurar una «metahistoria jurídica» —siguiendo la línea iniciada por su padre EUGENIO D'ORS, aunque con un sentido netamente diferente—. Dedicar este trabajo con elogios excesivos, llegando hasta pretender intuir la voluntad divina, «en obsequio jubilar al profesor SÁNCHEZ BELLA, paladín infatigable del Estudio General que quiso Dios en Navarra» (pág. 53). El objeto de la Historia Jurídica también radica en textos, siéndole aplicables las ideas generales en torno a la Verdad y la Objetividad, sin perder de vista que estos textos que el historiador maneja pueden contener datos erróneos, de ahí la necesidad de un espíritu crítico a la hora de interpretarlos. La metahistoria trataría de sentar principios comunes a los que deberían estar sometidas todas las instituciones, captando por la vía de la inducción ciertas constantes a nivel institucional. Tras diferenciarla de la Filosofía del Derecho y recordar otras aportaciones propias a la materia, nos ilustra con típicos ejemplos como los arquetipos contractuales —sociedad, mandato y permuta—, prenda e hipoteca, arbitraje, principios de la prueba judicial o capacidad de obrar.

La relación entre los textos y las instituciones desde el punto de vista de la Historia Jurídica, constituye el quinto de los trabajos con los que el profesor D'ORS nos obsequia. Parte de delimitar el concepto de institución desde su

origen etimológico en sentido estricto hasta la posterior desviación y extensión del término. Su carácter de ente abstracto le permite aconsejar un método distinto al cronológico «biográfico» para proceder a su estudio, ya que al no ser «seres vivos» no se puede hacer una biografía de aquéllas. Consistiría en el contrario, comenzando por los textos vigentes, en tratar de hacer una historia retrospectiva, metodología que, por otra parte, no sería aplicable al Derecho romano. Fácil resulta el consejo si luego no es llevado a la práctica. Por ello, el ejemplo aparecerá, en este volumen, más tarde, en su artículo sobre el Acueducto forzoso.

La interdisciplinariedad que informa el conjunto de los artículos reunidos por D'Ors se evidencia en su intento de relacionar la Comunicación, las Ciencias de la Comunicación y las Humanidades. ¿Dónde queda el carácter jurídico que atribuye en un principio? Nuevamente no encontramos demasiado acertada la inclusión de esta intervención del autor en un coloquio sobre «Filosofía de la comunicación», en 1986, aunque nos parezca interesante la recomendación que efectúa a los profesionales de la Información para que nunca pierdan de vista en su trabajo las Humanidades, por cuanto atienden a las mismas raíces de la cultura. Critica de forma marginal la utilidad de la Informática porque «puede producir "un exceso de información indiscriminada", que llegue a inhibir de la lectura y del estudio; y, en último término de la cultura, que difícilmente puede ser no-literaria; porque si *fides, ex auditu, cultura, ex litteris*».

El dilema coyuntural para el romanista entre la Historia y el Derecho le lleva a conclusiones como que éste debe ser «consciente de la historicidad especial de su estudio», pero ante todo «no puede dejar de ser jurista». El planteamiento de D'Ors es detenerse en la personalidad de los juristas, más que en la interpretación de los textos, siendo necesario depurar el «cosmos casuístico», lo cual sólo es posible si se efectúa un estudio del «conjunto casuístico en su totalidad». Critica la tendencia a la amenidad y al humor, a los que considera «sólo muy accidentalmente tolerables en un jurista», en defensa de «una austera pasión por la certeza de lo justo». No consideramos ambos extremos para nada incompatibles.

La tríada «personas, cosas y acciones» con el recurso a GAYO y a sus pretensiones docentes que le autorizaban a trivializar, informa el contenido del que constituye el octavo artículo incluido en la selección que nos ofrece ALVARO D'ORS. Se trata de tres elementos de los que nunca puede prescindir el jurista por estar siempre presentes en cualquier relación jurídica. Seguidamente se ocupa, con la misma brevedad que informa los trabajos que integran la primera parte —y algunos de la segunda—, de la atención preferente del *ius civile* a las personas y del Derecho pretorio a las cosas por su indiscutible pragmatismo, lo cual permite la configuración progresiva del ordenamiento jurídico romano, que, de otra parte, no sería posible sin tener en cuenta la *actio*.

Se permite D'ORS «crear» un término, «homóclisis», para cubrir, de algún modo, con este neologismo una laguna lingüística y aludir a «la necesidad de "declinar" por analogía histórica». Pone de manifiesto su controversia con RAFAEL GIBERT en torno a si la Historia del Derecho tiene una dimensión histórica o jurídica. Critica, a su vez, la tendencia de los historiadores «a comparar instituciones de ordenamientos jurídicos distintos» que sólo encontraría justificación si hay un lugar u origen común que permita la «conjunción analógica». De nuevo comprobamos sus incursiones en la historia jurídica y

su inclinación frecuente a aconsejar a los historiadores del Derecho, como a especialistas de cualquier ámbito jurídico en general.

Concluye la primera parte con un artículo más amplio que busca la interrelación entre el Derecho romano y el Derecho europeo. Se divide en dos partes, una primera dedicada a la tradición jurídica europea, y la segunda a la revolución jurídica. Indaga en los orígenes de la cultura europea, en el influjo del Derecho romano, canónico y germánico, en el *Common Law* y en el papel de la Iglesia en todo este proceso que concluirá con la aparición de Europa. Descubre tres fundamentos de dicha cultura europea constituidos por la Biblia, el *Corpus Aristotelicum* y el *Corpus Iuris Civilis* de los que resalta intercambios terminológicos, detectándose, no obstante, algunas significativas mutaciones. Esta idea tampoco es original suya. Son ya varios los que la han desarrollado, particularmente el filósofo Xavier Zubiri en sus otrora famosos cursos. No olvida que hoy en día los medios de comunicación constituyen un auténtico poder hasta el punto de que, «caída la diferencia entre el legislativo y el ejecutivo, y sometida la función de «administrar justicia» también al ejecutivo, se quiere buscar el control de ese poder único en la «autoridad» —que es falsa, pues aspira a la «potestad»— de la llamada «opinión pública» (pág. 123). La segunda parte implica un considerable avance cronológico al dirigirse a la Europa moderna con el nacimiento del Estado. De nuevo hace el autor incursión en diversas disciplinas, en este caso, en la Ciencia Política.

El segundo grupo de artículos lo dedica D'ORS a las Instituciones. El origen romano del concepto de *auctoritas* y el problema planteado como consecuencia de la traducción griega de las memorias de Augusto al carecerse de un término equivalente desembocando en la confusión entre *auctoritas* y *authentia*, constituye el objeto del escueto trabajo que encabeza este bloque donde demuestra su particular vocación por escudriñar el origen último de los términos. Concluye que «por la mediación de la *authentia* griega, la «autoridad» vino a derivar como «autenticidad» y como «auténtico poder» (pág. 151).

Mayor concreción manifiesta en el análisis del delito de hechizo de cosechas en las XII Tablas, concluyendo la existencia de un tipo delictivo único en el que es posible descubrir ciertas especialidades, incidiendo en la importancia de los delitos agrarios por el culto a Ceres. El núcleo argumental de su artículo radica en la expresión *malum carmen* contenida en la Tabla VIII, 12.

La interpretación de un pasaje de CÍCERÓN, *De legibus*, 2, 19-21 es el objeto de su *Sacra, cum pecunia*. Supone un estudio detallado del texto donde analiza instituciones como la *usucapio hereditatis* en el momento en que deja de referirse a toda la herencia para quedar reducida a objetos singulares o la *bonorum possessio*, atreviéndose a efectuar correcciones en el texto al que llega a calificar como «gramaticalmente incorrecto».

Problemas medioambientales a raíz de una Constitución del año 391 (C. Th. 7, 1, 13), que prohíbe a los soldados lavar sus caballos en el río para evitar la polución, se entremezclan con un llamamiento a la decencia, prohibiendo que se exhiban desnudos cuando realicen dicha operación para evitar escándalos, en el tercero de los artículos de la parte que estudiamos. Critica la interpretación de GODEFROY (al que castellaniza el apellido) quien atribuía el baño y el sudor a los soldados y no a los caballos tras llevar a cabo forzadas correcciones en el texto. Después propone su propia traducción y atribuye la ley a Teodosio por el momento temporal en el que fue promulgada, llegando a pensar en la posibilidad de que la redacción de la misma correspondiera a SAN AMBROSIO en una época en la que existía una fuerte represión del paganis-

mo. En un intento de conectar el tema con la actualidad y de justificar el título de su artículo califica de indecente cualquier atentado al medio ambiente.

Del Derecho medioambiental al Derecho mercantil es el salto que se produce seguidamente al examinar cuatro leyes contenidas en el *Liber Iudiciorum* relativas a los *transmarini negotiatores*, es decir, al comercio de ultramar. Las atribuye al Código de Eurico. Se ocupa de los *telonarii* como jueces especiales para dirimir los pleitos entre mercaderes marítimos, de la tradición de la *Lex Rhodia*, de la defensa del comprador de buena fe y de la prevención frente a los judíos que compraban esclavos cristianos.

En su artículo sobre «el Acueducto forzoso», como ya adelantábamos, A. D'ORS hace uso de la metodología que defendía en la primera parte, cual es ir de atrás hacia delante. Comienza con el análisis de la servidumbre legal de acueducto en el Código Civil español (arts. 557-561), para pasar al Proyecto de García Goyena de 1851 y la Ley de Aguas de 1849, la Ley de Aguas francesa de 1845, el artículo 622 del Código Civil de Cerdeña de 1837, costumbres y Estatutos de Milán de 1216, los Fori-Furs de Valencia, Fueros de Aragón, Fuero General de Navarra y precedentes romanos, concluyendo que su inventor fue Platón. Olvida la literatura jurídica, los documentos de aplicación del derecho, con excepción de los Bronces de Contrebia. Se limita a textos legislativos y, por supuesto, son muchos los que faltan. De todas formas, tal y como aclara al comienzo, no efectúa un «estudio del régimen legal de esta servidumbre» sino que intenta aclarar sus precedentes y orígenes y analizar cómo ha llegado hasta el Código Civil español, limitándose a recoger textualmente los diferentes preceptos dedicados a la misma, manifestando brevemente las diferencias de régimen sin apenas comentarlos.

El Derecho Procesal ocupará su atención en el siguiente trabajo sobre el «Arbitraje jurídico», donde comienza estableciendo una distinción entre lo público y lo privado para pasar a definir los conceptos de acción y proceso como términos antagónicos a pesar de que se haya hecho conjunción de los mismos en la llamada «acción procesal». Sienta las bases de la Justicia pública y privada en Roma antes de ocuparse del arbitraje en el Derecho romano o de la antigua práctica internacional del mismo. Apunta la «perversión» de la institución en la China de Mao-tse-tung y su evolución en los distintos ordenamientos jurídicos como muestra de la «desconfianza» ante el «juez oficialmente impuesto». Precisamente, por esta razón, el arbitraje está llamado a cobrar importancia en la situación actual de crisis de la Administración de Justicia. No olvida su papel en el derecho de la Iglesia y la diferencia entre el régimen impuesto por la Ley de 1953 frente al de la de 1988.

Tampoco se muestra el profesor D'ORS ajeno al Derecho penal. El artículo que nos ocupa fue publicado, en su momento, con un nombre diferente, un tanto más genérico «Crisis del Derecho penal». Ahora ha pasado a denominarse «Crisis de la represión penal» con un error mecanográfico en las subsiguientes páginas. El Derecho penal constituye una rama del ordenamiento jurídico donde el Derecho romano no ha servido prácticamente de modelo. Atribuye D'ORS su punto de partida a la «noción de pecado», recogiendo el fin originario de la pena puramente alicativo como castigo «justo» para la maldad del delincuente, mientras que el Derecho penal se configuraba como límite a la venganza privada, hasta el punto de que cuando ésta deja de tener sentido empieza a dejar de tenerlo también la pena, radicando aquí el origen de las sucesivas despenalizaciones. Quizá resulte demasiado «osado» tratar de abor-

dar en apenas dos páginas la problemática que encierra el fin «vindicativo» o «preventivo» de la pena. Pasa por encima de la prevención general y especial sin ni tan siquiera nombrar estas modalidades de la prevención. Aborda de la misma forma superficial el concepto de culpa e incluso se atreve con las más modernas tendencias de la Criminología que presta su atención a la víctima del delito, surgiendo así la llamada Victimología «como ciencia de la previsión de ese deber social de indemnizar el sufrimiento que los particulares pueden padecer por unos determinados delitos que se consideran socialmente indemnizables» (pág. 303). Tras una escueta referencia a un problema de actualidad como es el terrorismo, plantea la idea del carácter delictual del castigo del delito con lo que ello implicaría de cara a la desaparición del derecho penal íntimamente conectado, a su vez, con la pérdida de la noción de pecado con la consecuencia de la más absoluta impunidad.

El problema de la paz le permite, nuevamente, aclarar conceptos, diferenciándola de manera ingeniosa del pacifismo en base a que este último implica «la negación del derecho de guerra», mientras la paz es la «la abstención de guerra». ¿También domina nuestro admirado autor el Derecho Internacional Público? Se ocupa de la guerra justa desde el punto de vista de la Iglesia, en el sentido de configurar la «guerra defensiva como una modalidad de aquella «legítima defensa» que es de derecho divino-natural» (pág. 315).

Finaliza con un último trabajo donde trata de determinar la función de la Propiedad en la historia del Ordenamiento civil. Parece invertir su proposición metodológica —puesta en práctica por pocos por su evidente dificultad— y comienza por el concepto romano de propiedad, *proprietas* y *possessio*. En un principio la propiedad va referida a inmuebles, concretamente al suelo y, en todo caso, a muebles instrumentales. Concibe la propiedad «como una potestad personal más que como una estricta relación jurídica entre un sujeto y un objeto» (pág. 340), puntualizando sus variantes según la clase de cosa sobre la que recaiga. No obvia su función social manifestada en la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII. Posteriormente pasa al Derecho Civil moderno cuya conceptualización califica de diferente pese a partir del Derecho romano, criticando que la mayor parte de los códigos civiles no aclaren «las consecuencias procesales de sus derechos subjetivos» correspondiendo a los Registradores inmobiliarios solucionar las posibles dudas. Enfoca la propiedad no sólo desde la óptica civil, sino también administrativa, al analizar sus limitaciones. No olvida la importancia del desarrollo económico y comercial y la preeminencia del Derecho laboral en la actualidad, que le permite pensar en «un futuro ordenamiento civil que no tenga por centro la propiedad, sino el servicio exigible como ampliación del actual muy limitado concepto del trabajo» (pág. 356).

El presente libro, más que una colección de textos jurídicos, viene a suponer un recorrido interdisciplinar por las distintas ramas del Derecho que manifiesta el dominio del autor de muchas parcelas de la Ciencia Jurídica en las que se atreve a hacer incursiones, no sólo superficiales.

PATRICIA ZAMBRANA MORAL

SALAS MURILLO, SOFÍA DE: *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Tesis doctoral, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores, Madrid, 1999. Un tomo de 722 págs.

Ya el filósofo griego definió al hombre como «zoon politikón». Es un ser sociable por naturaleza que se une a los demás para mitigar sus limitaciones y conseguir mejor unas metas que no podría alcanzar seguramente por sí solo.

Múltiples son los tipos mediante los que el hombre se agrupa según las finalidades propuestas, y es lógico que sean distintas las normas que han de regular estas formaciones en las que se manifiestan las diversas formas de aglutinar a las pluralidades de individuos.

No hay que salir al Derecho comparado para encontrar la variedad de formas posibles. En el Derecho español ya tenemos una nutrida panoplia de figuras asociativas; nos basta con asomarnos al artículo 35 del Código Civil que nos presenta como personas jurídicas, por un lado, a las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público, y, por otro, a las asociaciones de interés particular, englobando entre éstas las civiles, mercantiles e industriales; estas últimas pueden adoptar la forma de típicas sociedades que se rigen por las normas establecidas para sus contratos respectivos.

El libro que presentamos es la Tesis Doctoral de su autora, SOFÍA DE SALAS MURILLO, Profesora de Derecho Civil, que accede al título de Doctora, por lo que le felicitamos. Como refleja el título, el libro se cife a las asociaciones que no tienen ánimo de lucro en el Derecho español, aunque también recoge algunas pinceladas foráneas para apoyar y completar el amplio examen que hace de la normativa propia, nacional y autonómica. Como toda tesis que se precie, y ésta tiene una entidad y base suficientes, se recogen las principales doctrinas y se acude a la jurisprudencia para llegar a las conclusiones finales.

Pero no adelantemos y empecemos por el principio. En el capítulo I se da el concepto de asociación, diferenciándolo de las figuras afines. Nos dice la autora que la asociación es, en sentido muy amplio, la pluralidad de personas vinculadas para un fin común. Algo así nos dice el Diccionario de la Real Academia Española, que en la voz asociación la define como conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada.

La misma línea siguen varios doctrinarios, pero es tan amplia que la autora busca en las leyes nacionales de asociaciones, hasta ahora promulgadas, los elementos que mejor puedan caracterizarla para conseguir la mejor construcción de su concepto. Ni la vetusta Ley de Asociaciones de 1887, ni la vigente de 24 de diciembre de 1964, definen la asociación, y tampoco lo hace el Código Civil; hay un anteproyecto de Ley Orgánica en el cual se dice que las asociaciones se constituyen mediante el acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas que se comprometen a poner en común conocimiento medios y actividades para el cumplimiento de una finalidad lícita y determinada.

Con una terminología no siempre muy precisa, que se contempla, nos dice la autora que han sido la doctrina y también los tribunales los encargados de formular el concepto de asociación, basándose en los datos que facilitan las leyes. Así se ha generalizado el término asociación como una categoría general de entes de Derecho privado con base personal, aunque a veces se extiende también a entes de Derecho público. La jurisprudencia se inclina más bien a dar prevalencia al fondo sobre el nomen.

El elemento personal como sustrato de la asociación se estudia en el capítulo 2.º, que sirve para delimitar la asociación frente a las fundaciones, ya que éstas están formadas por elementos patrimoniales y no personales; algo similar ocurre frente a las sociedades mercantiles, pues si bien están formadas

por personas, prevalece en ellas la base patrimonial de las aportaciones. Se contempla el número de personas necesario para constituir una asociación, según la legislación y la doctrina, con examen especial del caso de si persiste una asociación que deviene unipersonal; la autora no parece admitir este último supuesto, aunque quizá tenga que cambiar de opinión a la vista de las modernas teorías sobre las paralelas sociedades unipersonales, hoy admitidas por la normativa europea y aún española y por la jurisprudencia al menos de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Otra cuestión es la de la capacidad que han de reunir las personas físicas para constituir o integrar una asociación, y la autora opina que la expresión «capacidad natural» que contiene la Ley de 1964, puede entenderse en el sentido de que la constitución de una asociación es un verdadero derecho de la personalidad, que estará reconocido incluso para los menores al no extenderse a esta materia el complemento de la patria potestad, según el artículo 162-1.º del Código.

En el amplio capítulo 3.º se estudia el elemento objetivo o finalidad de la asociación, que se caracteriza por la exclusión de toda actividad directamente lucrativa, aunque son posibles las que persiguen proporcionar economías a los asociados, como ocurre en las asociaciones profesionales, las de obligacionistas y las cooperativas. Se trata de una problemática curiosa y amplísima que la autora analiza detalladamente y lo mismo hace respecto a las asociaciones que buscan un interés público (art. 35.1 del Código Civil) y las configuradas por las leyes como de «función pública», como las federaciones deportivas y las juntas de compensación o entidades de conservación de las actuaciones urbanísticas y otras figuras análogas.

En el capítulo 4.º se estudia el elemento de la voluntariedad, fundamental en este caso. En efecto, no es concebible una asociación si los asociados no se unen voluntariamente, y éste es un dato que se ha recogido tanto en la Ley de 1887 como en la de 1964, y que sirve para diferenciarlo de las corporaciones de Derecho público, ya que la creación de estas últimas se realiza directamente por la Ley o por resolución administrativa. Para éstas, el Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de colegiación obligatoria, como ocurre en las Cámaras de Comercio o los Colegios Profesionales.

En cuanto a la naturaleza de las relaciones jurídicas creadoras e integrantes de las asociaciones, la autora considera posible aplicarles las normas generales que sirven para los contratos, pues en el acto de su ingreso los socios prestan su consentimiento, el cual se ha de regir, en general, por las pautas contractuales. Examina y rechaza las tesis no contractualistas, considerando que son aplicables los artículos 1.274 y 1.275 del Código, y así lo hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina que califican abiertamente de contrato la constitución de las asociaciones. Igualmente el Tribunal Constitucional ha aplicado el artículo 1.256 del Código Civil al supuesto de la expulsión de asociados, entendiendo que la asociación no puede por sí sola decidir arbitrariamente sobre la validez y el cumplimiento del contrato que considera existente.

En el capítulo 5.º se estudia el elemento de la organización, pues la consecución del fin de la asociación comporta que la unión de las personas ha de ser organizada. La autora trae a colación la numerosa doctrina que considera como necesario que la pluralidad de los miembros de la asociación, unidos en torno a un fin, deben estar organizados para funcionar y conseguir los fines propuestos; al efecto, es esencial una estructura corporativa como persona

jurídica dotada de autonomía total, para lo que deben existir los órganos correspondientes de decisión y ejecución, así como los de simple administración y mantenimiento. Para ello son necesarios unos estatutos en los que se plasme la organización social. Este punto se estudia ampliamente acudiendo a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

En el capítulo 6.º se trata de la personalidad jurídica de las asociaciones como elemento esencial de las mismas y como criterio para distinguirlas de la sociedad civil; la nota ha sido tratada de modo diferente antes y después del Código Civil; la Ley de Asociaciones de 1964 no afronta el tema y parece remitirlo al Código y tampoco dice nada al respecto la Constitución. La doctrina y la jurisprudencia no son del todo acordes, aunque parece que la opinión más generalizada es reconocer la personalidad de las asociaciones, una vez que su constitución se ha inscrito en el Registro especial correspondiente. La autora concluye que el Derecho objetivo es el que otorga a la asociación la consideración de sujeto de derecho y la forma jurídica que le permite ser titular de derechos y obligaciones.

Consecuencia de esa personalidad es la atribución de capacidad de las asociaciones, y la autora desenvuelve al efecto el alcance y los aspectos generales de esta capacidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 del Código Civil, estudiando también otras manifestaciones concretas de la capacidad de las asociaciones en los ámbitos familiar y público, comparando nuestro sistema con el francés y el alemán.

Se completa el libro con el estudio del régimen de las asociaciones no inscritas, las no constituidas y las de otros grupos sin personalidad jurídica.

El libro termina con las conclusiones típicas de toda Tesis Doctoral, donde se resumen las ideas mantenidas por la doctoranda sobre las asociaciones sin ánimo de lucro. La obra es muy completa, con clara exposición, y supone una valiosa aportación al tema que se estudia.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, y otros varios autores: *Libro homenaje a Jesús López Medel*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999. Dos tomos con 2403 págs.

Hay veces, y ésta es una de ellas, en que resulta muy difícil llevar a cabo la recensión de un libro, y diremos por qué.

En primer lugar, se trata del homenaje a un buen compañero, afortunadamente vivo, y la amistad y el aprecio tienden a desbocarse hasta el punto de ser uno calificado de excesivamente turiferario por haber puesto demasiado incienso en la naveta. Y si se quiere evitar tal tacha, puede uno caer en la contraria de haber sido frío o sosainas en el comentario. Sea lo que Dios quiera, y haremos lo posible por mantenernos en el fiel.

La segunda dificultad de este libro es que no es posible resumirlo. Son nada menos que ochenta y siete artículos o colaboraciones y si quisiéramos dar noticia de todos ellos necesitaríamos otros tantos folios que se traducirían en un espacio desmesurado para nuestra publicación. Y limitarnos a transcribir el índice o la lista de colaboradores sería menguada noticia de todos modos. Para eso, lo mejor será remitir al libro, dos hermosos tomos, muy bien presentados y encuadrados, para que quienes tengan interés y tiempo pue-

dan leer, junto a las justas alabanzas al homenajeado, interesantes trabajos tanto jurídicos como de otra índole.

Hace aproximadamente un año recibí una carta en la que se decía que un grupo de compañeros habían pensado elaborar y dar a la publicación un libro-homenaje a JESÚS LÓPEZ MEDEL, en ocasión de su jubilación. Había el antecedente de otro prestigioso Registrador, JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, al que también se le prestó una atención igual y que resultó altamente reconfortante por el gesto y por el contenido, ya que se logró reunir un apreciable manojo de trabajos de tipo profesional que luego resultan de gran interés doctrinal y muy útiles en la práctica.

En estos casos, nos decían tales compañeros, se trata, además, de dar al homenajeado el testimonio de nuestro agradecimiento por su labor y reconocer el esfuerzo y la dedicación que prestaron.

Creo que la respuesta ha sido favorable y aquí están esos ochenta y siete colaboraciones de muy diversas materias que reflejan el deseo de constatar la consideración que LÓPEZ MEDEL merece.

Hay una afectuosa presentación de la señora Ministra de Justicia, en la cual se resalta la vocación al servicio público de nuestro amigo a través de numerosos cargos y su labor como publicista, por lo que merece este reconocimiento profesional que entraña una muestra apreciable de amistad. Sigue a esta presentación un prólogo del organizador del homenaje, nuestro compañero ANTONIO GINER GARGALLO, Registrador de Barcelona, y unas notas biográficas que nos muestran los aspectos más salientes de JESÚS.

Y ya, a seguido, los trabajos, empezando por uno sobre «La enseñanza del Derecho en la alta edad media», cuyo autor es el Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Consejero de esta Revista, don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, para terminar con un sentido saludo de un Oficial del Registro de Zaragoza, número 6, don FERNANDO BARREIRO RUIZ, donde expresa su adhesión a su antiguo jefe.

En medio, los trabajos, encuadrados en varios apartados:

ESTUDIOS GENERALES

«La enseñanza del Derecho en la alta edad media», por JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

«Sobre la dicotomía Moral-Derecho», por FRANCISCO PUY MUÑOZ.

«Límite temporal de las normas legales: cesación de su vigencia», por CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS.

«El derecho/deber de información médica. La carga de la prueba, su inversión. La *Lex artis ad hoc* y la responsabilidad», por LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ.

«Dinámica jurídica, dinámica social», por MANUEL FRAGA IRIBARNE.

«La "norma del caso" en el método de interpretación del profesor Wolfgang Fikentscher», por ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN.

«Las ramas autónomas del Derecho y la unidad del ordenamiento jurídico», por DIEGO ESPÍN CÁNOVAS.

«La noción de tercero entre los conceptos jurídicos básicos», por ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE.

«La jurisprudencia y la evolución del Derecho. Contribución de la jurisprudencia sobre contratos en especial a la construcción de categorías jurídicas generales», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ.

«Azorín y el Derecho», por FRANCISCO RICO PÉREZ.

«Porcioses, hombre de Derecho y hombre de acción», por JUAN-JOSÉ LÓPEZ BURNIOL.

«El lenguaje jurídico y las academias», por JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ.

DERECHO CIVIL, COMUN Y FORAL

«El derecho de la persona en la compilación aragonesa», por GABRIEL GARCÍA CANTERO.

«La concentración de la obligación alternativa», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES.

«Caracterización del ordenamiento español de extranjería», por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD.

«La sucesión *mortis causa* como fenómeno complejo y los criterios de distinción entre heredero y legatario: legatario de parte alícuota, heredero de cosa cierta y distribución de toda la herencia en legados», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.

«Modales», por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ ORTIZ DE VALDERRAMA.

«¿Existe la sociedad civil?», por GERARDO MUÑOZ DE DIOS.

«La enervación de acciones en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», por JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO.

«El proyectado contrato de unión civil», por VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA.

«Inscripción de documentos otorgados en el extranjero», por JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.

«La junta de parientes en el Derecho civil aragonés», por RAFAEL BERNAD MAINAR.

«Las sociedades civiles y la resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997», por PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA.

«Divisibilidad de fincas rústicas», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.

«Servidumbres forzosas de redes aéreas y conducciones superficiales o subterráneas en el Derecho Civil catalán», por CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE.

«El pacto comisorio en el Código Civil», por CHANTAL MOLL DE ALBA LACUVE.

«Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil», por LIDIA ARNAU RAVENTÓS.

DERECHO INMOBILIARIO E HIPOTECARIO

«El acta de inscripción», por ANTONIO PAU PEDRÓN.

«Doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo sobre la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad y cuestiones conexas», por ALVARO JOSÉ MARTÍN MARTÍN.

«El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», por VICENTE GIMENO SENDRA.

«Dos cuestiones en torno a la hipoteca del artículo 153 LH», por ABEL MARTÍN MARTÍN.

«Algunas consideraciones en torno a la doble inmatriculación», por JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ.

«Eficacia de la anotación de embargo», por REYNALDO VÁZQUEZ DE LAPUERTA.

«El "requerimiento" de pago al deudor en el llamado procedimiento extra-judicial de ejecución hipotecaria», por JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO.

«La multipropiedad en el Derecho canario: Decreto de 27 de noviembre de 1997, sobre regulación de los alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido», por M.^a EUGENIA DÍAZ TABOADA.

«Hipoteca cambiaria», por MARTA CASAL GARMENDIA.

«El significado de la tradición en los inmuebles: su relación con la inscripción», por LINO RODRÍGUEZ OTERO.

«El proyecto de Ley de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», por LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA.

«Contra la hipoteca», por JOSÉ LÓPEZ LIZ.

«La declaración de obra nueva en la nueva Ley de régimen del suelo», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

«El pago del precio y la cancelación de la "condición resolutoria"», por PEDRO AVILA NAVARRO.

«El valor económico y jurídico del rango hipotecario», por JOSÉ DOMINGO VALLS LLORET.

«La notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios», por MIRIAM ANDERSON.

Tomo II

DERECHO MERCANTIL

«Retorno a mis notas diferenciales entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada», por MANUEL GONZÁLEZ MENESES ROBLES.

«El actual sistema registral español de buques», por SANTIAGO HERNÁNDEZ IZAL.

«La responsabilidad en el transporte aéreo internacional. Estado presente de la cuestión», por ENRIQUE MAPELLI LÓPEZ.

«La prenda de participaciones de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por UBALDO NIETO CAROL.

«Competencia desleal, actos aislados y actos concurrenciales», por MIGUEL ANGEL BOTUA.

«Patrimonio afecto a un fin liquidativo en favor de los acreedores de un deudor común», por EDUARDO MONTULL LAVILLA.

«Rogación y desistimiento en nuestro procedimiento registral mercantil», por PABLO CASADO BURBANO.

«Transformación en Sociedades de Responsabilidad Limitada: subsistencia de la responsabilidad personal de los socios en determinados supuestos», por ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ.

«La restitución de aportaciones al capital social en las Sociedades de Responsabilidad Limitada», por PEDRO GARRIDO CHAMORRO.

«Algunas particularidades en la responsabilidad civil de los administradores de sociedades», por RODOLFO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

DERECHO NOTARIAL

«Forma y sustancia del documento notarial», por JOSÉ MARÍA SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA.

ARBITRAJE

«Arbitraje y registro», por ELÍAS CAMPO VILLEGAS.

«Posibilidades del arbitraje en el Derecho comunitario», por JOSÉ DIEZ CLAVERO.

«Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial», por MANUEL LÓPEZ-MEDEL BASCONES.

DERECHO AGRARIO

«Gallocanta, La Laguna, la Ley de aguas y el Registro de la Propiedad de Daroca», por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE.

«La comercialización agraria», por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL.

DERECHO COMUNITARIO

«Derecho común europeo u occidental», por FRANCISCO MESA MARTÍN.

«Ciudadanía europea y cultura europea», por JOSÉ ANTONIO ESCUDERO.

«Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea», por FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y POLITICO

«¿Una Constitución personalista?», por MIGUEL AYUSO TORRES.

«La ordenación de los Registros públicos en la Constitución española», por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA.

«¿Volver a Schmitt?», por PABLO LUCAS VERDÚ.

«¿Cuáles son los territorios forales?», por MIGUEL HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN.

«España: ¿Una o trina? (Hacia el Estado de las Padanias de la mano de HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN)», por JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ.

«La Constitución de 1978 como norma jurídica», por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.

«Apuntes acerca del constitucionalismo español del siglo XIX», por JOSÉ A. RODRÍGUEZ DEL VALLE IBORRA.

DERECHO PENAL

«El intrusismo en el nuevo Código Penal (con particular referencia al intrusismo médico)», por JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO.

«La objeción de conciencia al aborto», por RAFAEL NAVARRO VALLS.

DERECHO ADMINISTRATIVO

«Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa», por LAUREANO LÓPEZ RODÓ.

«Líneas básicas de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado», por JESÚS LÓPEZ-MEDEL BASCONES.

«El artículo 76 de la Ley de Haciendas Locales, ¿moderno generador de cargas ocultas? (comentarios a las sentencias números 612 y 654 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fechas 12 de julio de 1995 y 1 de enero de 1996)», por FERNANDO MONEDERO SAN MARTÍN y GREGORIO RODRÍGUEZ-ACOSTA GÓMEZ.

«Consideraciones sobre la discrecionalidad administrativa», por ROSA MARÍA MIQUEL SILVESTRE.

«La agresión acústica. Remedios jurídicos», por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ.

DERECHO PROCESAL

«Algunas reflexiones y propuestas de reforma sobre la regulación del juicio oral en el proceso ante el Tribunal del Jurado», por ANTONIO DEL MORAL GARCÍA.

DERECHO FISCAL

«La retención a los extranjeros, el cierre registral y la afección tributaria», por JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ.

«Algunas consideraciones acerca de los derechos de los contribuyentes», por MAGÍN PONT MESTRES.

«Derechos y tasas en los ordenamientos comunitario y español», por CÉSAR ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA.

DERECHO LABORAL

«Administraciones públicas y contratación laboral en la jurisprudencia», por EFRÉN BORRAJO DACRUZ.

TEMAS HUMANOS

«Ejército y universidad», por JOSÉ MARÍA GARCÍA ESCUDERO.

«¡Una cátedra, señora Ministra! (Pedagogía del Derecho registral: un proyecto docente)», por ANTONIO MANZANO SOLANO.

«Jesús López Medel y su promoción de registradores (1954)», por JUAN ANTONIO CUADRADO CÁNOVAS.

«Sentido humano», por FERNANDO BARREIRO RUIZ.

«La posición del usuario de los servicios de información en materia tributaria: el problema de las garantías de los contribuyentes», por JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y MARTA VILLAR EZCURRA.

«La transexualidad», por FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL.

Trabajos de don JESÚS LÓPEZ MEDEL.

Como se ve, el libro contiene un conjunto de estudios muy importante, no sólo por su cantidad, sino sobre todo por su calidad, y que demuestran el afecto de los autores hacia el homenajeado que es, en definitiva, lo más sobresaliente.

CLEMENTE MEORO, MARIO: *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 380 págs.

A simple vista, la primera virtud que presenta la «Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad» es que, a pesar de la importancia teórica y práctica del tema, es la única monografía específica que existe sobre la materia. Quizá porque el problema de la doble inmatriculación es un pléyago tan proceloso y oscuro como lo es el de la posesión, o como se decía que lo era el de las obligaciones indivisibles, y son pocos los que en él se aventuran.

Por eso, la segunda cualidad que se nos muestra de inmediato al observar este libro es el nombre de su autor. MARIO CLEMENTE MEORO es un joven cate-drático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Valencia, a la vez muy querido por todos los que le rodean y muy respetado en su labor profesional por el rigor y la minuciosidad de sus escritos. Porque el profesor CLEMENTE MEORO es un hombre al que se conoce y se le reconoce por sus obras: a pesar de su juventud tiene ya publicados varios libros, bastantes artículos de revista, e infinidad de participaciones en obras colectivas, comentarios de sentencias, publicaciones varias, proyectos de investigación, comunicaciones y ponencias presentadas en distintos congresos, conferencias, etc.

Entre los libros se encuentran *Supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones* (1991), *La resolución de los contratos por incumplimiento (estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y del Dere-cho español)* (1992), y, más recientemente, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (1998). Entre los artículos podemos destacar «Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos» (ADC 1991), «El tercer po-seedor de bienes hipotecados como tercero adquirente» (RGD 1992), o el «Régimen jurídico del arrendamiento urbano con opción de compra» (Estu-dios en homenaje al profesor MANUEL BROSETA PONT, 1995). Y, en fin, entre las obras colectivas se ha ocupado de diversas materias en los manuales univer-sitarios coordinados por el profesor VICENTE MONTÉS PENADÉS, que se refieren a prácticamente todas las partes del Derecho Civil.

En todos sus trabajos el profesor CLEMENTE MEORO siempre ha destaca-do por la precisión de sus planteamientos y, particularmente, por una singu-lar atención a los pronunciamientos jurisprudenciales, de forma que cualquie-ra de sus escritos va normalmente acompañado, no sólo de la cita más o menos atinada de esta o aquella sentencia, sino de un estudio exhaustivo y riguroso de toda la jurisprudencia recaída en relación con la materia objeto de su interés. Esta precisión y esta metodología que forman parte de su sus-tancia como hombre jurídico es la que vamos a encontrar en el libro que nos ocupa.

1. EL PROBLEMA DE LA DOBLE INMATRICULACION COMO ATENTADO AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL

Como señala el profesor CLEMENTE en la introducción, la principal finalidad de nuestro sistema de Derecho inmobiliario registral o hipotecario es propor-cionar seguridad al tráfico jurídico de inmuebles, y a ello se dirigen especifi-camente los principios que lo rigen. Se trata, fundamentalmente, de que quien adquiera confiando en el Registro, no vea defraudadas sus expectativas, lo que

se consigue a través de los principios de fe pública registral, inoponibilidad y legitimación.

Pero para que ello sea posible resulta necesaria la efectiva aplicación de los demás principios: es preciso que conforme al principio de legalidad, la titulación sea auténtica (cfr. art. 3 LH) y ésta sea calificada por el Registrador (cfr. art. 18 LH); que conforme al principio de tracto sucesivo conste previamente inscrito el derecho del transferente u otorgante (cfr. art. 20 LH); que conforme al principio de prioridad no lleguen a inscribirse o anotarse títulos que se opongan o sean incompatibles a los previamente inscritos o anotados (cfr. art. 17 LH); y que conforme al principio de especialidad exista un único folio por cada finca (cfr. arts. 7, 8 y 13 LH). Sólo el funcionamiento combinado de estos principios puede fundamentar la protección que se dispensa a quien adquiere conforme al Registro.

Mas resulta que se dan en nuestro sistema de vez en cuando —más frecuentemente de lo que sería de desear— supuestos en que se vulneran algunos de estos principios. Es el caso de la doble inmatriculación de una misma finca, en que quiebran los principios de especialidad —porque hay más de un folio por finca o parte de ella— y de prioridad —porque llega a inscribirse un título contradictorio con otro previamente inscrito—. ¿Qué consecuencias tiene la vulneración de los mencionados principios en el sistema de protección registral?; ¿cómo afecta a los principios de fe pública registral, inoponibilidad y legitimación?; ¿cómo puede solucionarse el conflicto que se suscita entre los que el Registro proclama como titulares de una misma finca?

II. CONCEPTO Y CAUSAS DE LA DOBLE INMATRICULACION

Existe doble inmatriculación cuando una misma finca, o parte de ella, se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad en dos —o más— folios a nombre de personas distintas, con independencia de que las respectivas descripciones registrales de las diferentes fincas —registrales, que no reales— no sean coincidentes. Sin embargo, advierte el profesor CLEMENTE que no existe doble inmatriculación si las inscripciones de ambos folios se refieren a derechos distintos (suelo y vuelo, dominio directo y dominio útil), pues en tal supuesto los asientos no son contradictorios o incompatibles.

Las causas de la existencia de dobles inmatriculaciones se encuentran, como es sabido, en nuestro defectuoso sistema de identificación de las fincas, en que el Registro no se apoye en un buen catastro, y en la simplicidad de los medios de inmatriculación. En mi opinión, a esta relación habría que añadir, desde un punto de vista sociológico, la complicidad de los juristas que asesoran a los propietarios sobre la forma más rápida y económica de obtener la inscripción de su derecho. También es preciso advertir que en el relativamente corto lapso de tiempo transcurrido desde que fue publicado el libro que ahora reseño, se ha modificado el Reglamento Hipotecario (Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre) para acabar con cierta excesiva simplicidad de los medios de inmatriculación, y se han dado pasos muy importantes para construir un buen Catastro, para lograr la coordinación del Registro con el Catastro, y para establecer un sistema de identificación catastral de las fincas que acceden al Registro.

III. PREVISIONES LEGALES RELATIVAS A LA DOBLE INMATRICULACION

Son de dos tipos: En primer lugar, las normas que tratan de evitar que la doble inmatriculación se produzca, como las de los artículos 300 y 306 RH. Hoy habría que situar aquí, además, toda la legislación de muy distinto rango que trata de armonizar el Registro con el Catastro, como la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece la exigencia de la constancia de la referencia catastral (que el autor cita con minuciosidad), aunque, por razones técnicas, tal exigencia esté por ahora limitada a las fincas urbanas.

En segundo lugar se encontrarían las normas que, ante una doble inmatriculación consumada, tratan de resolver el conflicto. Estas normas se reducen prácticamente a lo dispuesto en el artículo 313 RH, recientemente reformado por el citado Real Decreto 1867/1998, que, en concreto, para los supuestos más conflictivos, se limita a establecer la posibilidad de que cualquier titular afectado pueda acudir al juez para que ordene extender, al margen de las fincas implicadas, una nota marginal expresiva de la posible existencia de doble inmatriculación. Como dice el profesor CLEMENTE, más que acogerse a este sistema, al titular registral puede resultarle más interesante promover el correspondiente juicio y solicitar la anotación registral de la demanda, que sólo se practicaría en el folio de la finca inscrita a favor del demandado.

Por lo demás, lo que resulta claro es que el artículo 313 RH no proporciona ningún criterio de solución del conflicto, y que, con algunas matizaciones que el autor realiza en nota al pie, el Registrador carece de atribuciones para decidir cuál de los dos asientos es preferente, e incluso para apreciar la existencia de la doble inmatriculación a efectos de suspender el documento otorgado por un titular registral.

IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES SOBRE DETERMINACION DEL TITULAR LEGITIMO EN LOS SUPUESTOS DE DOBLE INMATRICULACION

Dado que el artículo 313 RH, único precepto que regula explícitamente el supuesto de la doble inmatriculación, no dispone ningún criterio de solución del conflicto, resulta especialmente interesante conocer los pensamientos y las ideas que a lo largo de los años han ido aportando la doctrina y la jurisprudencia en relación con estos criterios, el autor termina comprendiendo que resulta extremadamente difícil sistematizar las diversas opiniones y, por ello, opta por exponer separadamente las diversas posiciones.

Así, por lo que respecta a la jurisprudencia, y con abundantísima cita de sentencias a pie de página, señala el doctor CLEMENTE que el TS ha afirmado reiteradamente que en los supuestos de doble inmatriculación los principios hipotecarios se neutralizan recíprocamente, por lo que hay que acudir a las reglas del Derecho civil puro; pero que también ha acudido a otros criterios como la prescripción adquisitiva, la prevalencia de la inscripción más antigua, o del título más antiguo, o, en fin, de la posesión más antigua. Por lo que respecta a la doctrina, el autor hace un somero repaso de las distintas posiciones sostenidas por una suficientemente representativa lista de hipotecaristas y civilistas que se han ocupado del tema, entre las que se observan grandes

diferencias de puntos de vista, pero entre las que existen también conocidas coincidencias como la referencia a la neutralización de efectos de las inscripciones contradictorias, la necesidad en muchos casos de acudir a las soluciones del Derecho civil puro, y la posibilidad, no obstante, de que el problema pueda, en ocasiones, ser resuelto por las normas registrales.

V. PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y DOBLE INMATRICULACION

Es constante la afirmación jurisprudencial de que en los supuestos de doble inmatriculación no juegan los principios hipotecarios, razón por la que resulta necesario acudir al Derecho civil puro, con exclusión del hipotecario. Sin embargo, en determinadas ocasiones el TS ha recurrido a la aplicación de los principios hipotecarios para determinar el mejor derecho sobre la finca doblemente inmatriculada. Ante estas declaraciones judiciales contradictorias, el autor se propone estudiar cómo afecta en realidad la doble inmatriculación a cada uno de los principios hipotecarios. Y así dedica más de 90 páginas a examinar sucesivamente con rigor y profundidad, y con cita exhaustiva de las sentencias del TS, los efectos que produce la existencia de una doble inmatriculación sobre los principios de fe pública registral, de legitimación registral y de prioridad registral e inoponibilidad.

VI. USUCAPION Y DOBLE INMATRICULACION

Numerosas SSTs resuelven el conflicto planteado por una doble inmatriculación con base en que alguno de los contendientes ha adquirido por usucapión la finca en disputa. El autor hace un repaso exhaustivo de toda esta jurisprudencia de una forma ordenada y tratando de resolver por el camino cuestiones tales como si, en caso de doble inmatriculación, ¿se presume la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe en favor del titular registral?; ¿es la inscripción justo título *ad usucapionem*?; ¿la usucapión debe considerarse *secundum tabulas* o *contra tabulas*?; ¿es ordinaria o extraordinaria?; ¿qué sucede cuando el que adquiere e inscribe, pero no posee, es tercero hipotecario?; ¿cómo se computan los plazos?

VII. CONCLUSIONES SOBRE LOS CRITERIOS DE SOLUCION EN CASO DE DOBLE INMATRICULACION

Finalmente, una vez examinado el papel que pueden jugar los principios hipotecarios y la institución de la usucapión en la solución de los conflictos de doble inmatriculación, el autor se propone establecer, en sede de conclusiones, cuál es el criterio que debe ser utilizado en cada caso concreto para resolver este tipo de conflictos. Y para ello trata de fijar, en primer lugar, cuál es el *Derecho aplicable en la resolución de los supuestos de doble inmatriculación* y, en segundo lugar, cómo se determina la *preferencia entre los distintos criterios de solución en caso de doble inmatriculación*. Una vez más, de acuerdo con su método y su costumbre, el autor acompaña sus cavilaciones con una abundante cita doctrinal y jurisprudencial, que otorga a la obra el carácter práctico que la inspira.

Tras este arduo trabajo, el profesor MARIO CLEMENTE llega al establecimiento de las siguientes reglas, que expreso de forma telegráfica:

a) *Si ambos titulares son terceros hipotecarios*: No sirve el principio de fe pública registral. Criterio prevalente es el de la usucapión, sin que quepa aplicar el artículo 36 LH. Si ninguno ha adquirido por usucapión, juega el principio de prioridad si la doble inmatriculación procede de una doble venta; en otro caso, hay que comparar los títulos civiles.

b) *Cuando uno sólo de los titulares registrales es tercero hipotecario*: El titular registral que no sea tercero hipotecario sólo puede haber adquirido por usucapión si el que lo sea no reúne las condiciones del artículo 36 LH. Caso contrario, juega el principio de fe pública registral.

c) *Y si ninguno de los titulares registrales es tercero hipotecario*: Criterio definitivo: usucapión. No habiendo adquirido ninguno por usucapión, se aplica el principio de prioridad registral en los supuestos de doble venta y si los títulos son igualmente válidos y verdaderos. Finalmente, si alguno de los titulares trae causa de quien inscribió con título nulo o falso, no cabe sino preferir al otro.

APENDICES E INDICES

El texto finaliza con un amplio, riguroso y preciso resumen de las Resoluciones de la DGR y de las sentencias del TS que fundamentalmente afectan al tema de la doble inmatriculación, y que, como apunta el profesor VICENTE MONTÉS en el prólogo del libro, constituye una colección jurisprudencial que por sí misma y por la seriedad con que es recogida y extractada sería suficiente para justificar el valor de la obra.

JUAN CARLOS RAMÓN CHORNET

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 3.ª edición. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1999. Dos tomos: el primero de 756 págs. y el segundo de 604 págs.

Hacer un libro que esté, a la vez, orientado a los estudiantes y a los profesionales, debe ser difícil. Este que vamos a comentar estuvo inicialmente destinado a los alumnos del autor en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, y por eso hubo de ceñirse al programa y las enseñanzas del curso, exponiendo su contenido de modo denso y breve, con la idea de proporcionarles noticia de la materia con claridad y sencillez.

Que esto se consiguió está patente cuando se llega a una tercera edición, ésta de ahora, patrocinada por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores, que una vez más acierta a editar las obras jurídicas que por su importancia son de indudable interés para los profesionales. Para conseguir esta mayor altura y a la vez procurando que la obra no pierda la finalidad con que nació, se ha conservado en un tipo mayor de letra lo que pudo constituir un «curso elemental», añadiendo sobre ese núcleo inicial una nueva dosis de doctrina de mayor entidad, bien en letra pequeña o en las numerosas y nutridas notas a pie de página. Así resulta un conjunto que hace del libro

algo más que un curso, para llegar a un completísimo tratado de esta parte del Derecho civil patrimonial, con su reflejo en el Registro de la Propiedad.

Su autor es bien conocido de nuestros lectores por su doble condición de enseñante y profesional registral. En la Universidad lo conocí en la cátedra de don FEDERICO DE CASTRO, a quien ayudó y después sustituyó durante muchos años. En la profesión ha sido Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, jubilándose como Registrador de la Propiedad de Madrid. A lo largo de su vida docente y profesional ha sido autor de numerosos trabajos que han visto la luz en diversas publicaciones, entre ellas la nuestra, desempeñó importantes labores en la Dirección General e intervino en la redacción de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en el difícil encaje en un solo texto de los variadísimos que componían la reforma de estructuras agrarias. Es, además, Vocal de la Comisión General de Codificación, como asiduo asistente y colaborador desde hace tiempo en las tareas de su Sección 1.^a de lo Civil.

Pero, entremos ya en el examen de la obra. Esta se divide en dos tomos bien diferenciados; en el primero se recoge la propiedad y los derechos reales, excepto los de garantía, estudiando estos últimos en el segundo tomo, junto con los temas de Derecho Hipotecario.

Se inicia el libro con las nociones fundamentales sobre los derechos reales, a los que define de modo bien simple, pero completo, como «aquellos derechos subjetivos de carácter absoluto que tienen por objeto cosas», pasando a seguido a la diferenciación con los derechos de obligaciones, resaltando la importancia práctica de la distinción, aunque existe la posibilidad de figuras intermedias como los derechos de crédito con trascendencia real y los derechos reales con contenido obligacional, que se estudian.

Sigue un acabado estudio de los modos de adquirir, transmitir y perder el dominio y los demás derechos reales en los que el Derecho español sigue las líneas del romano que le informa. La teoría del título y el modo exige un contrato de finalidad traslativa que es el título que ha de ser seguido por el modo o tradición; del título o contrato sólo surge la obligación de entregar y la transmisión efectiva sólo se produce cuando se cumple mediante la tradición, según se explica claramente en el libro.

La discutida figura de la posesión ocupa el título II. ¿Es un hecho o un derecho? Se exponen las teorías de SAVIGNY y de IHERING y se resalta la importancia de esta figura por su gran relevancia social, porque de ella suele depender la adquisición y la pérdida de varios derechos reales y porque da paso con facilidad a situaciones definitivas. PEÑA nos da la clasificación de los distintos supuestos de posesión y nos expone la estructura y los modos de adquirirla y perderla.

El título III se ocupa de la propiedad, básica en el Derecho patrimonial, y que quizá es, junto con la familia, la institución que más cambios ha experimentado desde la redacción inicial del Código Civil hasta ahora. Aquí el autor hace una amplísima exposición del tema, empezando por las teorías que fundamentan la propiedad, la estructura y sus limitaciones; punto este último que ha pasado de ser excepcional a normal, para convertirse en una propia delimitación del otrora derecho absoluto e ilimitado; las pocas limitaciones que contenía el Código se ven multiplicadas por las que nacen de las nuevas regulaciones de tinte más o menos social. No se puede dar paso sin encontrarnos con trabas de los más diversos orígenes que hacen pasar del derecho de propiedad a la propiedad función y hasta a la propiedad deber. En el libro se recogen las limitaciones relativas al dominio público marítimo-terrestre y las

de carácter urbanístico y agrario que han venido a transformar toda la antigua regulación de las fincas hasta extremos en que se ha llegado a decir, con alguna razón, que los propietarios han dejado de serlo para pasar a concesionarios, dependiendo de constantes licencias administrativas.

La propiedad en sentido corporal se amplía, por los conceptos de las llamadas propiedades especiales, y aquí se trata de las conocidas de aguas, minas, intelectual e industrial, y recogiendo la legislación más actual que también agudiza el carácter público e intervencionista en estos puntos.

Y en este tema, por último, se estudian ampliamente en el libro los supuestos de comunidad aplicada al dominio, desde la clásica copropiedad de tipo ordinario a la comunidad de pastos y leñas, que persiste en los ámbitos rurales, con normativa foral específica. Y, naturalmente, las modernas figuras urbanas de los llamados conjuntos inmobiliarios; dentro de éstos están la propiedad horizontal, que se ha generalizado y que se refleja básicamente en nuestros Registros; con los desenvolvimientos posteriores de los llamados complejos urbanos de bloques con servicios comunes y la antes llamada «multipropiedad» y que ahora se titula legalmente «Regímenes de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles». Toda una problemática nueva originadora de situaciones interesantísimas que el autor desgana con gran tino.

Junto al dominio, prototipo del derecho real pleno, están los derechos reales limitados, entre ellos los de goce, que son los veteranos usufructo, uso y habitación, los cuales también han experimentado algún retoque, como la atribución de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio. Se estudian las servidumbres y las figuras, que ya se habían calificado como de museo, que son los censos y que ahora se aprovechan y modifican en el urbanismo con el derecho análogo a la enfiteusis, que es el de superficie, y las facultades de elevar nuevas plantas en la edificación.

Hay otros derechos reales limitados que son los de adquisición preferente como el tanteo y el retracto, con varios nuevos supuestos que, igualmente, se estudian en el libro con análisis tanto del Código, como de las leyes especiales, las normas forales y la jurisprudencia, con los correspondientes toques doctrinales.

En el tomo segundo se comprenden los derechos reales de garantía y el Registro de la Propiedad. En cuanto a los primeros, se estudian sus nociones fundamentales y el régimen común que les brinda el Código Civil, para pasar después a analizar cada uno de los contratos de prenda, anticresis, prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria.

La hipoteca, por supuesto, merece consideración especial como reina de las garantías reales y PEÑA se la proporciona mediante una exposición completa de su constitución, contenido y ejecución con arreglo a las normas de la Ley Hipotecaria. Siguiendo las normas de esta Ley se analizan los tipos especiales de hipoteca, tanto por razón de los bienes hipotecables como por las distintas obligaciones que son susceptibles de aseguramiento, todo lo cual supone una rica variedad que tiene su manifestación abundante y frecuente en nuestros Registros.

Hay también hipotecas especiales por el modo de constituirse, como son las unilaterales que, naturalmente, requieren la aceptación del acreedor, y las llamadas legales, de poca frecuencia en la práctica, como no sea bajo la figura de privilegios fiscales.

Completa el autor el apartado de garantías reales con el estudio de las que llama atípicas, entre las cuales expone la venta en garantía, la atribución de

facultades sobre la cosa y otros medios de gran efectividad, a veces, como la condición resolutoria explícita y el pacto de reserva de dominio, que suelen aparecer en gran número de transmisiones de fincas cuando, como es frecuente, no se paga el precio al contado.

La parte segunda de este tomo está destinada al Derecho Registral Inmobiliario. MANUEL PEÑA, por su vinculación profesional, ha sido uno de los profesores, pocos hasta ahora, que han enseñado esta materia en la Universidad. Es hora de que se enseñen con mayor profundidad unas materias que van a ser necesarias de modo insoslayable a los futuros abogados.

Recoge el autor la definición legal del Registro de la Propiedad y analiza la naturaleza de la función registral, orientada, por supuesto, a la publicidad de la propiedad inmueble para proporcionar seguridad a su tráfico jurídico.

Articula su exposición siguiendo las directrices del procedimiento registral, desde la rogación hasta llegar a la registración de los actos que deban ingresar en el sistema. No parece dar demasiada importancia a los clásicos principios hipotecarios de don JERÓNIMO, diciendo que el significado de cada uno manifiesta la falta de naturaleza homogénea, pues unas veces se alude en ellos a ideas cardinales de naturaleza normativa y otras son simples índices de cuestiones poco expresivas sobre el criterio aceptado en el sistema español; dice que la exposición del Derecho Registral, por sus convencionales principios, dificulta la visión del sistema registral. Es una opinión que puede ser discutible y que él mismo olvida cuando en su libro nos habla, entre otros, del principio del tracto sucesivo, del de legitimación o el de prioridad. Que algunos exageren al inventar una larga lista de principios, puede ser; pero que los clásicos nos siguen valiendo y que no parece que impidan ni estorben, sino más bien nos ayudan, para comprender las normas hipotecarias, también es verdad.

Lo cierto es que el libro, como queda dicho, sigue las etapas del procedimiento registral para exponer la materia, lo hace de modo sistemático y dejando bastante claras las cuestiones que se tocan. Se estudia el ámbito objetivo del Registro, la presentación de los títulos y su calificación, la inmatriculación y la constancia de las distintas vicisitudes del dominio, la rectificación de los posibles errores, para pasar a la eficacia que producen los asientos, especialmente mediante la legitimación registral. Se estudia la especial protección al tercero hipotecario del artículo 34; hace PEÑA referencia a la discusión entre monistas y dualistas y dice que, frente a la opinión dominante, cree que, en principio, cuando en la Ley Hipotecaria se habla de tercero protegido se está refiriendo a un único concepto, que es el tercero protegido con arreglo al artículo 34, y expone las razones en defensa de su opinión.

Tras explicar la publicidad formal del Registro que proporciona la cognoscibilidad de su contenido, el libro termina con una síntesis de la regulación legal de las anotaciones preventivas, con especial atención a las de embargo, que son las más frecuentes.

No es posible dar idea de un libro tan amplio en pocos folios. Al menos, lo hemos intentado, deseando que nuestros lectores puedan conocer que se trata de una obra muy completa y clarísima, con conceptos e ideas justas, donde se pone de manifiesto la maestría y profesionalidad del autor. Es un libro básico en el que todos podemos aprender mucho en estas materias centrales del Derecho civil patrimonial.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 663 (Diciembre 1999)

«El nuevo Régimen Jurídico de los recursos administrativos: El retorno del recurso de alzada y del potestativo de reposición», por MARÍA BUEYO Díez JALÓN, pág. 14141.

SUMARIO: CONCEPTO DE REGIMEN JURIDICO.—II. CLASES.—III. PRINCIPIOS APLICABLES A TODOS LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.—IV. EL RECURSO DE ALZADA.—V. EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICION.—VI. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.

«Las especialidades procesales de las Administraciones públicas y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», por JAVIER PINAZO HERNANDIS, pág. 14153.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: LAS ESPECIALIDADES PROCESALES DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS.—2. LA NORMA ESPECIAL: LA LEY 52/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE, DE ASISTENCIA JURIDICA AL ESTADO E INSTITUCIONES PUBLICAS.—3. EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 3.1. FUERO ESPECIAL. 3.2. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA. 3.3. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. 3.4. CAUSAS DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO. 3.5. PROHIBICIÓN DE CONCILIACIÓN, ALLANAMIENTO, TRANSACCIÓN. 3.6. EN MATERIA DE PRUEBA. 3.7. EXENCIONES DE CONSIGNACIONES Y DEPÓSITOS PARA RECURRIR. 3.8. CONDENA EN COSTAS. 3.9. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.—4. CONCLUSIONES.

«Nacionalidad española de ciudadanos saharauis: Secuela de una descolonización frustrada (y frustrante)», por CARLOS RUIZ MIGUEZ, pág. 14235 (sin sumario).

«La reforma del régimen jurídico de la Sociedad Anónima Deportiva», por ANTONIO CIVERA GARCÍA, pág. 14537 (sin sumario).

«La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas estatales», por FRANCISCO VICENT CHULIÀ, pág. 14561.

SUMARIO: 1. LA LEGISLACION COOPERATIVA ESPAÑOLA.—2. LA LEY 27/1999, DE 16 DE JULIO.—3. CONCEPTO LEGAL DE COOPERATIVA.—4. REGIMEN DE CONSTITUCION.—5. LOS SOCIOS DE LA COOPERATIVA.—6. LOS ORGANOS SOCIALES: 6.1. LA ASAMBLEA GENERAL. 6.2. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.—7. REGIMEN ECONOMICO.—8. DETERMINACION Y APLICACION DEL RESULTADO DE EJERCICIO.—9. MODIFICA-

CIONES SOCIALES, DISOLUCION Y LIQUIDACION.—10. CLASES DE COOPERATIVAS.—11. COLABORACION ECONOMICA Y ASOCIACIONISMO COOPERATIVO Y ULTIMAS DISPOSICIONES DE LA LEY.

Número 664-665 (Enero-Febrero 2000)

«La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica», por CARLOS GANZENMÜLLER ROIG y otros, pág. 21.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. APROXIMACION A LA PROBLEMÁTICA. NOTAS GENERALES SOBRE LOS MALOS TRATOS A LAS MUJERES.—III. FASES DE COORDINACION ENTRE LOS SERVICIOS E INSTITUCIONES IMPLICADAS EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DOMESTICA: 3.1. FASE DE DETECCIÓN: 3.1.1. *Intervención de los servicios sanitarios y de los médicos forenses*. 3.1.2. *Intervención de la Policía*. 3.1.3. *Intervención de los servicios sociales*: 3.1.3.1. El equipo técnico en el ámbito de los malos tratos. 3.2. FASE DE INTERVENCIÓN JUDICIAL: 3.2.1. *Ámbito civil*: 3.2.1.1. Posibilidad de instar las medidas provisionales. 3.2.1.2. Propuesta de medidas judiciales a instar por el Ministerio Fiscal en los casos de malos tratos a las mujeres: A) Internamiento por razón de trastorno psíquico. B) Normativa aplicable en defensa de los menores que se encuentren en riesgo de sufrir violencia familiar. 3.2.2. *Ámbito penal*: 3.2.2.1. Fase de instrucción: A) Prisión provisional con o sin fianza cuando concurren los requisitos previstos en los artículos 503 y 504 de la LECrim. B) Libertad provisional. 3.2.2.2. Fase de ejecución de sentencia. 3.2.2.3. Problema de la estadística judicial. 3.3. FASE DE SEGUIMIENTO.—IV. TIPOS PENALES APLICABLES A LA VIOLENCIA DOMESTICA. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE VIOLENCIA FISICA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR (ART. 153 DEL CP DE 1995): 4.1. EXAMEN DEL ARTÍCULO 153 DEL CP DE 1995. 4.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. 4.3. SUJETOS. 4.4. ELEMENTOS DEL TIPO: 4.4.1. *Necesidad de convivencia*. 4.4.2. *Violencia física*. 4.4.3. *Habitualidad*. 4.5. PENALIDAD.—V. CONCLUSIONES.

«La profesionalización de los cargos directivos en la nueva Ley de Cooperativas», por FRANCISCO TUSQUETS TRIAS DE BES, pág. 49.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA REMUNERACION: 1. LA DETERMINACIÓN ESTATUTARIA DE LA REMUNERACIÓN. 2. LOS CRITERIOS PARA SU FIJACIÓN. 3. LOS SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN.—III. LOS CONSEJEROS NO SOCIOS.—IV. CONCLUSION.

«La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas: La sentencia del Tribunal Constitucional 69/1999, de 26 de abril de 1999», por JOAQUÍN J. MARCO MARCO, pág. 117 (sin sumario).

«Delitos económicos en general y en especial los atinentes a quiebras, concursos y suspensiones de pagos y su alcance en la información económico-financiera que deben confeccionar los agentes económicos», por VICENTE BURUAGA PUERTAS, pág. 585.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. DELITOS ECONOMICOS.—III. LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. LA QUIEBRA, EL CONCURSO Y LA SUSPENSIÓN DE PAGOS. 3. EL FAVORECIMIENTO DE ACREEDORES. 4. LA FALSEDAD CONTABLE.

«La acumulación de juicios y ejecuciones al proceso de quiebra», por LUIS GARRIDO ESPA, pág. 597 (sin sumario).

«Obligaciones contables y derecho concursal», por TEODORO LADRÓN RODA, pág. 629.

SUMARIO: 1. EL DERECHO CONTABLE Y EL DERECHO CONCURSAL: 1.1. EL DERECHO CONTABLE. 1.2. EL DERECHO CONCURSAL.—2. OBLIGACIONES CONTABLES DEL DEUDOR CONCURSAL: 2.1. OBLIGACIONES CONTABLES REFERENTES A LOS LIBROS DE COMERCIO. 2.2. OBLIGACIONES CONTABLES DERIVADAS DE LA LEY DE SUSPENSIÓN DE PAGOS DE 26 DE JULIO DE 1922: 1.º *Obligaciones contables del suspenso anteriores a la fecha de la providencia, teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos.* 2.º *Obligaciones contables del deudor suspenso desde la providencia, teniendo por solicitada la declaración de suspensión de pagos hasta la aprobación del convenio.* 3.º *Obligaciones del deudor posteriores a la aprobación del convenio.*

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 173 (Noviembre 1999)

«Urbanismo y protección del paisaje. Las (mal) llamadas (y peor entendidas) Normas de Aplicación Directa. Anulación por el TSJ de Cantabria de licencia para 17 viviendas junto a la costa de Liencres», por ENRIQUE SÁNCHEZ GOLLANES, pág. 11 (sin sumario).

«La reversión expropiatoria (breves acotaciones)», por JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO, pág. 73.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. LA REVERSION EN LA LEGISLACION URBANISTICA. ¿COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN LA FIJACION DE SUS SUPUESTOS EN MATERIA URBANISTICA?—2. SUJETOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA REVERSION.—3. EXIGENCIA DE UNA PREVIA EXPROPIACION «CONSUMADA» PARA PODER EJERCER EL DERECHO DE REVERSION.—4. SUPUESTOS EN LOS QUE SE DECLARA PROCEDENTE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REVERSION.—5. IMPROCEDENCIA DE LA REVERSION AL HABERSE EJECUTADO Y MANTENERSE LA CAUSA *EXPROPIANDI*.—6. EL PRECIO DE LA REVERSION.—7. INDEMNIZACION SUSTITUTORIA POR NO SER POSIBLE LEGALMENTE LA REVERSION.—8. ¿CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO EN QUE SE EJERCE EL DERECHO DE REVERSION?

«Autonomía local y poder autonómico de sustitución (Comentarios a la STC 11/1999, de 11 de febrero, y aplicabilidad a otros preceptos de normativas autonómicas)», por MARTA LORA-TAMAYO VALLVÉ, pág. 93 (sin sumario).

Número 174 (Diciembre 1999)

«La catástrofe Arias», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 11 (sin sumario).

«La protección de la legalidad urbanística en el Principado de Asturias», por JOSÉ VALDÉS CAO, pág. 19.

SUMARIO: I. CONCEPTO DE DISCIPLINA URBANÍSTICA Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.—II. LEGISLACION VIGENTE EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN MATERIA DE DISCIPLINA URBANÍSTICA.—III. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA: 1. CONCEPTO. 2. DISTINCIÓN CON LA POTESTAD SANCIONADORA. 3. DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN DE ADOPTAR LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA. 4. LA PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA FRENTE A TRANSMISIONES DE BIENES AFECTADOS DE IRREGULARIDAD. 5. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.—IV. INFRACCIONES DEL ORDEN URBANÍSTICO POR LOS ADMINISTRADOS: 1. LA SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS SIN LICENCIA EN CURSO DE EJECUCIÓN. 2. LA SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS QUE SE DESARROLLEN SIN AJUSTARSE A LAS CONDICIONES DE LICENCIA U ORDEN DE EJECUCIÓN. 3. ACTUACIONES POSTERIORES A LA SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS EN CURSO DE EJECUCIÓN SIN LICENCIA O SIN AJUSTARSE A SUS CONDICIONES. 4. OBRAS TERMINADAS SIN LICENCIA O CON DESVÍO NOTORIO DE SUS CONDICIONES.—V. INFRACCIONES DEL ORDEN URBANÍSTICO POR LA ADMINISTRACIÓN: 1. OBRAS CON LICENCIA ILEGAL EN CURSO DE EJECUCIÓN: 1.1. *Obras con licencia incurrida en nulidad de pleno derecho.* 1.2. *Obras con licencia cuyo contenido constituya manifiestamente una infracción urbanística grave.* 2. OBRAS CON LICENCIA ILEGAL, TOTALMENTE TERMINADAS.—VI. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS ZONAS VERDES O ESPACIOS LIBRES: 1. ACTOS DE EDIFICACIÓN O USO DEL SUELO SIN LICENCIA U ORDEN DE EJECUCIÓN, EN TRANCE DE REALIZACIÓN (ART. 188.1 TRLS 76). 2. ACTOS DE EDIFICACIÓN O USO SIN LICENCIA U ORDEN DE EJECUCIÓN, YA TERMINADOS (ART. 188.1 TRLS 76). 3. ACTOS DE EDIFICACIÓN O USO DEL SUELO AMPARADOS POR LICENCIA U ORDEN DE EJECUCIÓN ILEGAL, EN CURSO DE EJECUCIÓN (ART. 188.2 TRLS 76). 4. ACTOS DE EDIFICACIÓN O USO DEL SUELO CON LICENCIA U ORDEN DE EJECUCIÓN ILEGAL, YA TERMINADOS (ART. 188.3 TRLS 76).—VII. ÓRGANO MUNICIPAL COMPETENTE PARA ACORDAR LA DEMOLICIÓN DE LAS OBRAS.—VIII. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

«La utilización edificatoria del suelo no urbanizable», por MANUEL JESÚS ROZADOS OLIVA, pág. 81.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. CONCEPTO DE SUELO NO URBANIZABLE: 1. LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE UN USO CONSTRUCTIVO DEL SUELO NO URBANIZABLE. 2. LA FUNCIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE. 3. EL SUELO NO URBANIZABLE EN LA LEY 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES.—II. USOS AUTORIZABLES: 1. CONSTRUCCIONES DESTINADAS A EXPLOTACIONES AGRÍCOLAS. 2. CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES DESTINADAS A LA EJECUCIÓN, ENTRETENIMIENTO Y SERVICIO DE LAS OBRAS PÚBLICAS. 3. CONSTRUCCIONES DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL: a) *El concepto de «utilidad pública e interés social»;*

b) *La necesidad de emplazamiento en el medio rural*. 4. VIVIENDAS AISLADAS DE CARÁCTER FAMILIAR.—III. EL REQUISITO DE NO FORMACION DE NUCLEO DE POBLACION.—IV. CONCLUSIONES.

«Los criterios urbanísticos de valoración y el valor catastral de los inmuebles de naturaleza urbana», por DANIEL ANTÚNEZ TORRES, pág. 123 (sin sumario).
«Declaración del impacto ambiental y planeamiento urbanístico en el ordenamiento jurídico valenciano», por FERNANDO RENAU FAUBEL, pág. 143 (sin sumario).

ACTUALIDAD CIVIL

Número 39 (1999)

«La asimilación por los Tribunales civiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de inmisiones molestas e inviolabilidad del domicilio», por AGUSTÍN MACÍAS CASTILLO, pág. 1227.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—II. BREVES NOTAS A PROPOSITO DEL CONCEPTO DE INMISION.—III. INTIMIDAD, INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y PROTECCION FRENTE A LAS INMISIONES MOLESTAS.—IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE LA MATERIA.—V. SU ASIMILACION POR LOS TRIBUNALES CIVILES ESPAÑOLES.—VI. CONCLUSIONES.

Número 40 (1999)

«El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español», por JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, pág. 1261.

SUMARIO: 1. EL CASO LOWENTHAL: UNA DECISION TRASCENDENTE.—2. LA ACTITUD DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS ANTE EL REENVIO DE 1900 A 1974: a) POSICIÓN DE LA DOCTRINA; b) POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.—3. DEL NUEVO TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL A LA STS DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1996: a) Los NUEVOS TEXTOS LEGALES; b) POSICIÓN DE LA DOCTRINA; c) POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.—4. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 12.2 DEL CODIGO CIVIL POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y SU CRITICA: a) SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN «TENER EN CUENTA»; b) EL PRINCIPIO DE «UNIDAD DE LA SUCESIÓN»; c) INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 12.2 EN RELACIÓN CON EL 9.8 DEL CÓDIGO CIVIL; d) EL REENVÍO COMO MEDIO ARMONIZADOR.—5. CONCLUSION.

Número 41 (1999)

«Comentario a las cláusulas abusivas en la Ley de 13 de abril de 1998, de las Condiciones Generales de la Contratación. Tendencias de las Audiencias Provinciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo», por GEMMA VIVES MARTÍNEZ, pág. 1297.

SUMARIO: 1. LA ANTERIOR LGDCU 26/1984, DE 19 DE JULIO, Y LA ACTUAL SITUACIÓN NORMATIVA. TIPOS DE CLAUSULAS. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO.—2. LA SANCION DE NULIDAD. INEFICACIA.—3. OTROS ASPECTOS DE LA NUEVA LEY DE 13 DE ABRIL DE 1998. LA PUBLICIDAD REGISTRAL. CIERTAS CLAUSULAS DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA.—4. TENDENCIAS INTERPRETATIVAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Número 42 (1999)

«La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional», por PILAR DIAGO DIAGO, pág. 1343.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSIDERACIÓN DEL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—III. ANÁLISIS MATERIAL DEL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS DIFERENTES DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS: a) ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO CATALÁN; b) OTROS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS. POSIBLE JUEGO DE LA SUPLETORIEDAD.—V. REPERCUSIONES DEL PROBLEMA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL.—VI. CONCLUSIONES.

Número 43 (1999)

«Eficacia subjetiva del arbitraje», por SILVIA GASPAR LERA, pág. 1387.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—II. EL CONVENIO ARBITRAL COMO FUNDAMENTO DEL ARBITRAJE. REQUISITOS SUBJETIVOS DE EFICACIA: 1. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN. 2. ESPECIAL ATENCIÓN AL REQUISITO DEL CONSENTIMIENTO. EL CONVENIO ARBITRAL INCLUIDO ENTRE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—III. EXAMEN DE LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL ATENDIENDO A LA NATURALEZA DE LAS PARTES QUE LO FORMALIZAN: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. LAS PERSONAS FÍSICAS COMO PARTES DEL CONVENIO ARBITRAL. 3. LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO PARTES DEL CONVENIO ARBITRAL. 4. LOS ENTES SIN PERSONALIDAD COMO PARTES DEL CONVENIO ARBITRAL. EN PARTICULAR, LAS COMUNIDADES DE VECINOS.—IV. EFICACIA SUBJETIVA DEL CONVENIO ARBITRAL EN LOS CASOS DE SUBROGACIÓN: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA SUBROGACIÓN. 2. EFICACIA, RESPECTO DEL SUBROGADO, DEL CONVENIO ARBITRAL FORMALIZADO POR EL SUBROGANTE.—

V. EFICACIA SUBJETIVA DEL CONVENIO ARBITRAL FORMALIZADO A TRAVÉS DE REPRESENTANTE: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL FENÓMENO DE LA REPRESENTACIÓN. 2. EFICACIA SUBJETIVA DEL CONVENIO ARBITRAL EN LOS CASOS DE REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: 2.1. *Generalidades*. 2.2. *Actuación del representante en nombre del representado*. 2.3. *Eficacia del convenio arbitral formalizado por el representante que actúa en nombre propio*. 2.4. *Recapitulación*. 3. EFICACIA SUBJETIVA DEL CONVENIO ARBITRAL EN LOS CASOS DE REPRESENTACIÓN LEGAL.—VI. EFICACIA SUBJETIVA DEL CONVENIO ARBITRAL EN LOS CASOS DE SUSTITUCIÓN: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA SUSTITUCIÓN. 2. LA SUSTITUCIÓN REGULADA EN EL ARTÍCULO 1.111 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. LA SUSTITUCIÓN EN LA FIANZA. 4. LA SUSTITUCIÓN EN LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS.

Número 44 (1999)

«Multipropiedad: Constitución e inscripción registral en el nuevo aprovechamiento por turno», por GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, pág. 1443.

SUMARIO: I. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL GOCE POR TURNOS CON FIN VACACIONAL: LA DOBLE ALTERNATIVA LEGAL: 1. LA MULTIPROPIEDAD COMO FIGURA LEGALMENTE PROHIBIDA: UN VETO TAN RADICAL COMO CRITICABLE. 2. LA FÓRMULA DE ARRENDAMIENTO POR TEMPORADA: NATURALEZA Y RÉGIMEN LEGAL APLICABLE. 3. EL MODELO JURÍDICO-REAL DE APROVECHAMIENTO POR TURNO: SU CONFIGURACIÓN COMO ESPECIALIDAD DEL USUFRUCTO TEMPORAL.—II. RÉGIMEN CONSTITUTIVO Y REGISTRAL DEL GOCE TEMPORAL Y TURÍSTICO: 1. LA EXIGENCIA CONSTITUTIVA DE ESCRITURA PÚBLICA Y SU OBLIGATORIA INSCRIPCIÓN REGISTRAL. 2. OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA Y SOLICITUD DE LA INSCRIPCIÓN. 3. OBJETO Y CONTENIDO DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL: LAS EXIGENCIAS DE DETERMINACIÓN JURÍDICA Y DE VIABILIDAD ECONÓMICA. 4. ASPECTO ORGANIZATIVO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: LA NECESARIA PLURALIDAD DE FOLIOS REALES.

Número 45 (1999)

«Derecho a la identidad», por SUSANA SALVADOR GUTIÉRREZ, pág. 1469.

SUMARIO: I. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD: 1. ÁMBITO REGIONAL EUROPEO: a) *Consejo de Europa. Convención Europea de los Derechos del hombre*; b) *Unión Europea*.—II. EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 1. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD. 2. DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD: a) *Legislación estatal*; b) *El derecho a la identidad en las Comunidades Autónomas*; c) *Experiencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco*.—III. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL REGISTRO CIVIL: 1. NORMATIVA REGISTRAL. 2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—IV. CONCLUSIONES.

Número 46 (1999)

«Pérdida y recuperación de la nacionalidad española: doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», por FERNANDO-RICARDO DÍAZ MARTÍN, pág. 1507.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA: EVOLUCION HISTORICA: 1. PÉRDIDA EN LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL CÓDIGO CIVIL. 2. PÉRDIDA BAJO LA LEY DE 1954. 3. PÉRDIDA BAJO LA LEY 51/1982, DE 13 DE JULIO. 4. PÉRDIDA BAJO LA VIGENTE LEGISLACIÓN: LEY 18/1990, DE 17 DE DICIEMBRE: 4.1. *Requisitos comunes a todos los supuestos*. 4.2. *Requisitos comunes a los supuestos de adquisición voluntaria de otra nacionalidad y utilización exclusiva de otra nacionalidad*. 4.3. *Pérdida por adquisición voluntaria de otra nacionalidad*. 4.4. *Pérdida por utilización exclusiva de otra nacionalidad*. 4.5. *Renuncia expresa a la nacionalidad española por tener otra nacionalidad*. 4.6. *Pérdida de la nacionalidad española cuando España se encuentre en Guerra*.—III. PERDIDA EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE UNIDAD NACIONAL DE LA FAMILIA: 1. PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR LA MUJER ESPAÑOLA QUE CONTRAÍA MATRIMONIO CON EXTRANJERO. 2. PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR LA MUJER EXTRANJERA QUE CONTRAJO MATRIMONIO CON ESPAÑOL. 3. PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR LOS HIJOS SUJETOS A PATRIA POTESTAD.—IV. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA EN LOS CASOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 25 DEL CODIGO CIVIL.—V. ASPECTOS REGISTRALES DE LA PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—VI. RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA: 1. SUPUESTOS EN QUE ES NECESARIA LA HABILITACIÓN PREVIA DEL GOBIERNO PARA RECUPERAR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. 2. EXPEDIENTE DE DISPENSA DE RESIDENCIA Y HABILITACIÓN PREVIA PARA RECUPERAR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—VII. BIBLIOGRAFIA.

Número 47 (1999)

«La protección al consumidor: su marco legal. Especial referencia a la Ley 7/98, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación», por CARLOS RUBIDO DE LA TORRE, pág. 1545.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DEFINICION DE CONCEPTOS.—III. DISPOSICIONES GENERALES.—IV. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO: SANCIONES Y PROCEDIMIENTO.—V. LA INFORMACION: REGISTRO, REGISTRADORES Y NOTARIOS.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 233 (Julio-Septiembre 1999)

«Imperialismo económico y dogmática jurídica», por JESÚS ALFARO AGUILA-REAL, pág. 925.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PRESUNTA INCOMPATIBILIDAD ENTRE *COMMON LAW* Y EL DERECHO CONTINENTAL COMO BARRERA DE ENTRADA PARA EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO.—III. LA PRESUNTA INCOMPATIBILIDAD DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO CON EL ESTADO SOCIAL Y EL DERECHO DE SOCIEDADES.—IV. LA RELACION ENTRE JUSTICIA Y EFICIENCIA EN EL DERECHO PRIVADO.

«Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil (reflexiones sobre la jurisprudencia reciente)», por ALBERTO JAVIER TAPIA HERMIDA, pág. 977.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA SELECCION DE ALGUNOS ASPECTOS POLEMICOS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.—II. DELIMITACION OBJETIVA DEL RIESGO CUBIERTO POR EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: CLAUSULAS DE DELIMITACION DEL RIESGO CUBIERTO VS. CLAUSULAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO: A) LA DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS LESIVAS, LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DE LOS ASEGURADOS Y DELIMITADORAS DEL RIESGO CUBIERTO POR EL ASEGURADOR EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: 1. *La dificultad e importancia de la distinción*. 2. *Los criterios de distinción y sus consecuencias*. B) EXAMEN DE LA DISTINCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE.—III. DELIMITACION TEMPORAL DEL RIESGO CUBIERTO: CLAUSULAS BASADAS EN EL HECHO CAUSANTE VS. CLAUSULAS BASADAS EN LA RECLAMACION: A) LA POLÉMICA CONFORME AL RÉGIMEN ORIGINARIO DEL ARTÍCULO 73 DE LA LCS. B) LA POLÉMICA CONFORME AL RÉGIMEN MODIFICADO DEL ARTÍCULO 73 DE LA LCS.—IV. DELIMITACION SISTEMATICA DE LA DEFENSA JURIDICA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL SEGURO DE DEFENSA JURIDICA: A) LA DELIMITACIÓN SUSTANCIAL ENTRE LAS PRESTACIONES DE DEFENSA JURÍDICA PRESENTES EN AMBOS TIPOS DE SEGUROS. B) LA DELIMITACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO. C) LA DELIMITACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.—V. LA ACCION DIRECTA DEL TERCERO PERJUDICADO FRENTE AL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS EXCEPCIONES OPONIBLES POR ESTE ÚLTIMO: A) PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA EL NACIMIENTO DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO PERJUDICADO CONTRA EL ASEGURADOR: EL MODELO DEL TRIÁNGULO INVERTIDO. B) EXCEPCIONES EN SENTIDO IMPROPIO O PONIBLES POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCER PERJUDICADO. C) EXCEPCIONES EN SENTIDO PROPIO O PONIBLES POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCER PERJUDICADO. D) EXCEPCIONES INOPONIBLES POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCER PERJUDICADO.—VI. REFERENCIA ESPECIAL A LA COBERTURA DEL ASEGURADOR FRENTE A RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE TERCEROS PERJUDICADOS POR ACTUACIONES DOLOSAS DEL ASEGURADO: A) LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES SOBRE LA OPONIBILIDAD DE LA «EXCEPTIO DOLI» POR PARTE DEL ASEGURADOR FRENTE A LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO O DE SUS HEREDEROS. B) LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN LA MATERIA: 1. *La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1997*. 2. *Las sentencias posteriores de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la misma dirección contraria a la oponibilidad de la «exceptio doli»: las sentencias de 24 de octubre de 1997 y de 4 de febrero de 1998*. 3. *La sentencia*

de la A. P. de Castellón de la Plana de 2 de septiembre de 1998. C) NUESTRA POSICIÓN FAVORABLE A LA INOPONIBILIDAD POR EL ASEGURADOR DEL DOLO DEL ASEGURADO COMO EXCEPCIÓN FRENTE A LA RECLAMACIÓN DEL TERCERO PERJUDICADO O DE SUS HEREDEROS.—VII. CONCLUSIONES.

«Vicisitudes en el libramiento de letras de cambio: requisitos formales y letras incompletas», por AITOR ZURIMENDI ISLA, pág. 1051.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. REQUISITOS FORMALES: 1. EL PRINCIPIO DE RIGOR FORMAL CAMBIARIO. 2. ¿REQUISITOS ESENCIALES Y REQUISITOS NATURALES? 3. SUPUESTOS ESPECÍFICOS: A) *Designación del tomador*. B) *La expresión de la moneda de pago*. 4. MOMENTO EN EL QUE DEBEN CONCURRIR LOS REQUISITOS FORMALES.—III. LA LETRA INFORMAL: 1. DEFINICIÓN Y DIFERENCIAS CON EL RESTO DE LETRAS INCOMPLETAS. 2. RÉGIMEN.—IV. LA LETRA EN BLANCO: 1. DEFINICIÓN Y DIFERENCIAS CON EL RESTO DE LETRAS INCOMPLETAS. 2. EL PACTO DE COMPLETAMIENTO. 3. REQUISITOS MÍNIMOS. 4. RÉGIMEN. 5. BLANCOS ESPECIALES.—V. LA LETRA INCOMPLETA: 1. DEFINICIÓN Y DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES. 2. RÉGIMEN. 3. CONSIDERACIÓN FINAL.

«La obligación legal de separación de cuentas por ramas de actividad. El ejemplo de los operadores de telecomunicaciones», por JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 1103.

SUMARIO: I. CONSIDERACION GENERAL. SEPARACION DE CUENTAS Y OBLIGACIONES CONTABLES DEL EMPRESARIO.—II. EXTENSION Y CONTENIDO DE LA OBLIGACION DE SEPARACION DE CUENTAS: 1. ENTIDADES OBLIGADAS. 2. ALCANCE MATERIAL DE LA SEPARACIÓN DE CUENTAS.—III. PROPOSITO Y OBJETIVOS DE LA SEGREGACION CONTABLE: 1. FINALIDAD GENERAL. 2. IDENTIFICACIÓN DE LOS COSTES RELATIVOS A LOS SERVICIOS DE INTERCONEXIÓN. 3. PREVENCIÓN DE PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS EN MATERIA DE INTERCONEXIÓN. 4. PREVENCIÓN DE SUBVENCIONES CRUZADAS Y, EN PARTICULAR, DE PRÁCTICAS PREDATORIAS.—IV. PROCEDIMIENTO Y ALCANCE FORMAL DE LA SEPARACION DE CUENTAS: 1. CRITERIOS DE ELABORACIÓN DE LAS CUENTAS SEPARADAS. 2. AUDITORÍA DE LAS CUENTAS SEPARADAS. 3. FACULTADES DE CONTROL DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

«Irreivindicabilidad de los bienes adquiridos en ferias y mercados», por EMILIO DÍAZ RUIZ, pág. 1117.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO DE FERIA Y MERCADO.—III. LEGISLACION AUTONOMICA SOBRE FERIAS.—IV. LEGISLACION DE ORDENACION DEL COMERCIO MINORISTA E INTERIOR.—V. LA IRREIVINDICABILIDAD DE LAS COMPRAS EN FERIAS Y MERCADOS.—VI. A MODO DE CONCLUSION.

«La responsabilidad de los fundadores de la sociedad de responsabilidad limitada», por JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA, pág. 1139.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. RESPONSABILIDADES DERIVADAS DEL PROCESO FUNDACIONAL: A) RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNDADORES DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: a) *Responsabilidad por el contenido en la escritura de constitución de las menciones exigidas por el artículo 12 de la LSRL y por la inexactitud de las declaraciones;* b) *Responsabilidad por la falta de efectividad o realidad de las aportaciones y por la inexactitud en la valoración dada a las aportaciones no dinerarias en la escritura de constitución;* c) *Responsabilidad por infracapitalización;* d) *Responsabilidad por la adquisición originaria de las participaciones propias;* e) *Responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de no transmisión de las participaciones antes de la inscripción;* f) *Responsabilidad por la celebración de actos y contratos en nombre de la sociedad con anterioridad a su inscripción en el Registro Mercantil;* g) *Responsabilidad derivada de la no presentación de la escritura de constitución a inscripción en el Registro Mercantil.* B) RESPONSABILIDAD DEL FUNDADOR OCULTO. C) RESPONSABILIDAD POR LA NULIDAD DE LA SOCIEDAD.

«Algunas observaciones sobre el vigente régimen jurídico de las indicaciones geográficas», por M.^a DEL MAR GÓMEZ LOZANO, pág. 1163.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CONSIDERACION DE LA LEY 25/70 COMO NORMA DE CARACTER GENERAL APPLICABLE A LAS INDICACIONES GEOGRAFICAS: A) PRODUCTOS A LOS QUE ES APLICABLE EL RÉGIMEN DE LAS INDICACIONES GEOGRÁFICAS ESTABLECIDO EN LA LEY 25/70. B) LEY GENERAL Y LEYES ESPECIALES. C) RELACIÓN ENTRE LA NORMATIVA GENERAL Y ESPECIAL QUE REGULA LAS INDICACIONES GEOGRÁFICAS EN ESPAÑA Y EL REGLAMENTO (CEE) 2081/92, DEL CONSEJO, DE 14 DE JULIO DE 1992. D) NECESIDAD DE UNA VERDADERA REGULACIÓN GENERAL EN MATERIA DE INDICACIONES GEOGRÁFICAS INCARDINADA EN LA DENOMINADA «PROPIEDAD INDUSTRIAL». EL PROBLEMA COMPETENCIAL.—III. EL RÉGIMEN DE PROTECCION DE LAS INDICACIONES GEOGRAFICAS ESTABLECIDO EN LA LEY 25/70: A) CONSIDERACIONES GENERALES. B) LOS CONFLICTOS ENTRE LOS SIGNOS DISTINTIVOS CONSTITUIDOS POR NOMBRES GEOGRÁFICOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY 25/70: 1. *La prohibición de utilizar signos distintivos que puedan inducir a confusión sobre la naturaleza o el origen de los productos.* 2. *La prohibición de utilizar los nombres geográficos protegidos en la propaganda de los productos sin derecho a denominación de origen.* 3. *La utilización de otros distintivos que hagan referencia a las denominaciones protegidas.* 4. *La comunicación de las denominaciones protegidas en concepto de denominación de origen a la OEPM y a la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central como medida que tiende a evitar los conflictos entre signos distintivos de carácter geográfico.* C) BREVE REFERENCIA AL CONFLICTO ENTRE INDICACIONES GEOGRÁFICAS Y MARCAS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO.—IV. NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN DE PROTECCION ESTABLECIDO EN EL CODIGO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL BRASILEÑO COMO REFERENTE A TENER EN CUENTA PARA UNA FUTURA REFORMA DEL RÉGIMEN JURIDICO DE LAS INDICACIONES GEOGRAFICAS.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 106 (Octubre-Diciembre 1999)

«La justicia constitucional en Nicaragua», por PABLO PÉREZ TREMPs, pág. 9.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES HISTORICOS.—2. MODELO SEGUIDO E INFLUENCIAS DE DERECHO COMPARADO.—3. FUENTES NORMATIVAS.—4. COMPOSICION Y FORMA DE DESIGNACION DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES.—5. COMPETENCIAS: 5.1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: 5.1.1. *El control difuso*. 5.1.2. *El control incidental por la Corte Suprema de Justicia*. 5.1.3. *El recurso de inconstitucionalidad*. 5.2. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES: 5.2.1. *Recurso de Hábeas Corpus o de exhibición personal*. 5.2.2. *Recurso de amparo*. 5.3. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL ORGÁNICA.—6. ORGANIZACION INTERNA.—7. ORGANOS DE APOYO.—8. PRESUPUESTO.—9. VALORACION DEL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: 9.1. LA CARGA DE TRABAJO. 9.2. ACEPTACIÓN DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL. 9.3. RELACIONES CON OTROS JUECES Y TRIBUNALES Y CON EL PODER ELECTORAL.—10. ANEXOS: 10.1. BIBLIOGRAFÍA. 10.2. FUENTES DOCUMENTALES.

«El politólogo y la ciencia política: retos y dilemas», por MARCOS KAPLAN, pág. 29.

SUMARIO: I. ACTORES, DEMANDAS Y OFERTAS.—II. SITUACION DE LOS PRODUCTORES: ELEMENTOS DE UNA TIPOLOGÍA.—III. EL DEBATE DE LA CIENTIFICIDAD.

«Las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo: los programas de estabilización en América Latina», por GLÁUCIO ARY DILLON SOARES, pág. 45.

SUMARIO: I. LA HERENCIA DE INESTABILIDAD.—II. LA INESTABILIDAD ECONOMICA CONTEMPORANEA.—III. LAS CONDICIONES FACILITADORAS DE LOS PLANES DE ESTABILIZACION.—IV. LOS PLANES ECONOMICOS Y LOS INSTRUMENTOS DEL PRESIDENCIALISMO IMPERIAL.—V. LA HIPERINFLACION Y SU CONTROL.—VI. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS PLANES.—VII. EFECTOS DE LOS PLANES ECONOMICOS SOBRE LA OPOSICION.—VIII. EL AGOTAMIENTO DE LA ESTABILIZACION COMO BASE DE SUSTENTACION POLITICA.—IX. CUESTIONES ABIERTAS.

«Política e individuo en la crisis del 98 (Disidencia, ascesis literaria y política en Ramón del Valle-Inclán)», por JULIÁN SAQUILLO, pág. 65.

SUMARIO: 1. LITERATURA Y POLITICA.—2. UNA ESCRITURA ANTIGUA.—3. ASCESIS Y LITERATURA.—4. LA LITERATURA COMO TAUROMAQUIA.—5. UN QUIETISMO ACTIVO.—6. EL ARCHIVISTA DE UN MUNDO PREMODERNO.—7. EL ESCRITOR ENTRE SUS PERSONA-

JES.—8. CONSTRUIRSE A SI MISMO.—9. UNA ESTETICA DE LA POLITICA.—10. LAS RANCIAS Y SEVERAS VIRTUDES DEL HOMBRE ANTIGUO.—11. EL FRACASO DE UNA CONCEPCION HEROICA DE LA POLITICA.—12. EL CUIDADO DEL ARTISTA FRENTE A LA POLITICA EFECTIVA.

«La crítica a la protección de las minorías en Alemania», por JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS, pág. 111.

SUMARIO: I. LA ACUMULACION DE DECISIONES CONFLICTIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN CON EL RASGO COMUN DE LA DEFENSA DE POSICIONES MINORITARIAS.—II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE LAS MINORIAS EN LA DEMOCRACIA PLURALISTA.—III. LA CRITICA A LA PROTECCION DE LAS MINORIAS PERMANENTES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN.—IV. LOS LIMITES DE LA DEMOCRACIA PLURALISTA.

«La derecha radical europea en la segunda mitad del siglo xx», por JOSÉ LUIS ORELLA MARTÍNEZ, pág. 137.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES.—III. LA DERECHA RADICAL EN LA SEGUNDA MITAD DE SIGLO.—IV. ALEMANIA, DEL III REICH AL NACIONALISMO CONSERVADOR: 1. NPD, PRIMERA OPERACIÓN CON ÉXITO DEL NACIONALISMO ALEMÁN. 2. REP, LA SEGUNDA CONSOLIDACIÓN DEL NACIONALISMO RADICAL.—V. ITALIA, LA FORMACION DE LA DERECHA NACIONAL DEL MSI.—VI. FRANCIA, LA PLURALIDAD DE LAS DERECHAS: 1. EL POULADISMO Y LA GUERRA DE ARGELIA. 2. EL FENÓMENO DEL FRENTE NACIONAL.—VII. EL RESTO DE EUROPA.—VIII. BIBLIOGRAFIA Y HEMEROTECA.

«De Europa y de la paz en Europa», por MONTSERRAT NEBRERA, pág. 161.

SUMARIO: 1. PROGRESO Y FELICIDAD.—2. EUROPA: NOMBRE, ESPACIO, TIEMPO, PODER.—3. SAINT-PIERRE, UN ABAD MODERNO.—4. LA PAZ COMO INSTRUMENTO, MAS MODERNIDAD.—5. LA EUROPA DE LA UTOPIA.—¿CONCLUSION?—BIBLIOGRAFIA MINIMA.

«La Ley y el Reglamento en el Derecho Constitucional francés», por AMELIA PASCUAL MEDRANO, pág. 179.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CONSTITUCION DE 4 DE OCTUBRE DE 1958: LA REVOLUCIONARIA ORDENACION DE LA LEY Y EL REGLAMENTO: 1. LA SITUACIÓN ANTERIOR A 1958. 2. LA CONSTITUCIÓN DE 4 DE OCTUBRE DE 1958.—III. LA INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION: 1. EL REFUERZO DE LA LEY. 2. EL PODER REGLAMENTARIO.—IV. LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCION DE LA COMPETENCIA REGLAMENTARIA:

1. EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 41: LA «IRRECEVABILITÉ». 2. LA DESLEGALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 37, PÁRRAFO SEGUNDO.

«La transformación de la política para gobernar una sociedad compleja», por CARMEN INNERARITY y DANIEL INNERARITY, pág. 231.

SUMARIO: 1. LA ARQUITECTURA POLICENTRICA DE LAS SOCIEDADES CONTEMPORANEAS.—2. LAS NUEVAS TAREAS DE LA POLITICA.—3. LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR.—4. EL APRENDIZAJE DE LA COOPERACION.—5. EL ESTADO SUPERVISOR.—BIBLIOGRAFIA.

«La rebelión fiscal y la claudicación de la izquierda», por FRANCISCO BELTRÁN ADELL, pág. 257.

SUMARIO: 1. UN SIGLO DE RESISTENCIA AL PAGO DE IMPUESTOS.—2. LA RUPTURA DE LOS AÑOS OCHENTA.—3. LA CREACION DE UN ESTADO MINIMO.—4. LA CLAUDICACION DE LA IZQUIERDA: ¿TEMPORAL O DEFINITIVA?, pág. 257.

«Monarquía constitucional y gobierno parlamentario», por ANGELES LARIO, pág. 277.

SUMARIO: INTRODUCCION.—MONARQUIA CONSTITUCIONAL.—MONARQUIA CONSTITUCIONAL DE GOBIERNO PARLAMENTARIO.—CONCLUSIONES.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA

Número 279 (Enero-Abril 1999)

«Modificaciones del régimen jurídico del acto administrativo con la Ley 4/1999», por J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, pág. 9.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. NOVEDADES EN CUANTO A LOS REQUISITOS DE VALIDEZ: LA MOTIVACION.—3. NOVEDADES EN EL REGIMEN DE LA INVALIDEZ: AMPLIACION DE LOS SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO.—4. NOVEDADES EN EL REGIMEN DE LA EFICACIA: NOTIFICACIONES.—5. CONCLUSIONES SOBRE LA RELEVANCIA DE LAS NOVEDADES PARA LA ADMINISTRACION LOCAL.

«Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», por MERCEDES FUERTES, pág. 25.

SUMARIO: 1. LA SUJEION DE SOCIEDADES ANONIMAS ESTATALES A LA NORMATIVA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA (LA SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1998).—2. LA *VIS ATRACTIVA* QUE EJERCEN LAS ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL A FAVOR DE LA NORMATIVA DE CONTRATACION PUBLICA (LA SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1998).—3. LA CONTRATACION ENTRE LAS ADMINISTRACIONES Y SUS PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES (LA SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1998).

«¿Una tesis “sustancialista” del contrato administrativo?», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 35.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTOS.—2. EL *LEITMOTIV* DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE CONTRATACION PUBLICA: LA SUJEION DE LAS ADJUDICACIONES A PAUTAS PRECISAS DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA: A) EL CUADRO DE DIRECTIVAS COMUNITARIAS. B) EL «QUID» DE LAS DIRECTIVAS: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA HA DE HACERSE CONFORME A CRITERIOS DE LEGALIDAD PÚBLICA. C) APLICACIÓN DE ESTE TIPO DE CRITERIOS FUNCIONALES, ESENCIALES A LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS, POR EL TJCE.—3. EL FENOMENO DE «IUSPUBLIFICACION» INHERENTE A LA LEGALIZACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A) LEGALIZACIÓN Y PUBLIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS SISTEMAS EUROPEOS DE CONTRATACIÓN PRIVADA. B) EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: LA REPERCUSIÓN DE LAS DIRECTIVAS EN EL DERECHO FRANCÉS.—4. EN PARTICULAR, LA REPERCUSION DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: A) UNA REFERENCIA INICIAL AL PROCESO DE INCORPORACIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL. B) LA INTENSIFICACIÓN DE LAS REGLAS PROCEDIMENTALES Y DE OTROS PARÁMETROS DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA. C) LA IUSPUBLIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA DE ENTIDADES QUE CUMPLEN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.—5. RECAPITULACION. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y LA AFIRMACION DE LA LEGALIDAD DE LAS ADJUDICACIONES.—6. LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS; EL DESARROLLO DEL CONTROL PUBLICO SOBRE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION. PROBLEMAS EN EL DERECHO ESPANOL.—7. CONCLUSION: LA ADAPTACION DE LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACION AL CONTEXTO JURIDICO ACTUAL.

«La negociación colectiva en la función pública local», por REMEDIOS ROQUETA BUJ, pág. 69.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA ESTRUCTURA NEGOCIAL.—3. EL AMBITO OBJETIVO DE LA NEGOCIACION COLECTIVA.—4. LA IMPUGNACION DE LOS ACUERDOS.—5. LA NEGOCIACION COLECTIVA CONJUNTA DE FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES.

«La implantación de grandes superficies comerciales en Asturias», por JOSÉ MANUEL PÉREZ FERNÁNDEZ, pág. 89.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: EL ESTADO DE LA CUESTION.—II. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE ASTURIAS SOBRE IMPLANTACION DE GRANDES SUPERFICIES COMERCIALES: 1. LOS TITULOS HABILITADORES DE LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA. 2. LA NORMATIVA SECTORIAL EXISTENTE.—III. EL TRATAMIENTO DE LAS GRANDES SUPERFICIES COMERCIALES EN EL MARCO DE LA ORDENACION TERRITORIAL: 1. LAS DIRECTRICES REGIONALES DE ORDENACIÓN TERRITORIAL: A) *Objetivos generales y específicos*. B) *Contenido relativo al gran equipamiento comercial*. C) *Instrumentos de desarrollo: las Directrices Sectoriales y las Evaluaciones de Impacto Estructural*. 2. CONTENIDO MÍNIMO Y ESENCIAL DE UNAS EVENTUALES DIRECTRICES SECTORIALES DE EQUIPAMIENTO COMERCIAL: UN PROYECTO DE «PLAN DE EQUIPAMIENTO COMERCIAL».—IV. LA LICENCIA AUTONOMICA PARA LA IMPLANTACION DE GRANDES SUPERFICIES: 1. EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LA LICENCIA COMERCIAL: EN ESPECIAL, LOS «CONJUNTOS COMERCIALES» O «EQUIPAMIENTOS COMERCIALES COLECTIVOS». 2. LA EXPEDICIÓN DE LA LICENCIA COMERCIAL: SUS DEFICIENCIAS PROCEDIMENTALES. 3. LOS CRITERIOS FUNDAMENTADORES DE LA RESOLUCIÓN: EL PROBLEMA DE LA DISCRECIONALIDAD.

REVISTA JURIDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID Número 5 (Noviembre-Diciembre 1999)

«Ambito material reservado a la Ley Orgánica y su consideración como norma de atribución competencial (a propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio)», por JOAQUÍN MESEGUER YEBRA, pág. 9 (sin sumario).

«Contratos administrativos y privados ante la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 21.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CRITERIOS DIFERENCIADORES ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS: EVOLUCION.—III. CRITERIOS DE LA LEY VIGENTE.—IV. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NOMINADOS: LA «SUPRESION» DEL CONTRATO DE TRABAJOS ESPECIFICOS.—V. EL PROBLEMA DE LOS CONTRATOS PATRIMONIALES.—VI. LA RECALIFICACION DE CIERTOS CONTRATOS COMO PRIVADOS.

«Sobre la funcionalización del derecho de propiedad», por JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS, pág. 41.

SUMARIO: I. LA CONCEPCION SOCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.—II. LA FUNCION SOCIAL COMO REFERENTE TELEOLOGICO.—III. LA FUNCION SOCIAL Y LA DELIMITACION DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.—IV. LA ACCION FUNCIONALIZADORA DEL PODER PUBLICO SOBRE LA PROPIEDAD.—V. LA FUNCION SOCIAL COMO ELEMENTO ESTRUCTURAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD. LA PROPIEDAD ESTATUTARIA.

COMENTARIO: Analiza el autor en este estudio la concepción social del derecho de propiedad desde una triple perspectiva: económica, social y jurí-

dica. Comienza el artículo apuntando una visión histórica del tratamiento jurídico de la propiedad en nuestro país, a fin de adentrarse en la comparación de los dos preceptos básicos: el 348 del Código Civil y el artículo 33 CE, decantándose por la superioridad jerárquica del segundo sobre el primero. En base a lo cual considera la propiedad como un poder funcional en el que las facultades de goce y disposición sólo pueden ir acompañadas de los intereses predeterminados en la propia Constitución, a fin de ser tuteladas por el Derecho. De manera que, en palabras del propio autor, «la idea funcionalista del derecho de propiedad implica la capacidad o aptitud que poseen los bienes para, de acuerdo con su particular naturaleza, atender los requerimientos colectivos que expresan las necesidades propias de la comunidad en el marco armonizador derivado de la subordinación a éstos del ejercicio de las facultades dominicales que integran la función individual de dicho derecho». En definitiva, la función social de la propiedad está subordinada a la colectividad. La función social se enmarca junto con el principio de la garantía de la propiedad privada, dentro del orden público económico diseñado por la propia Constitución, donde conviven elementos precedentes del individualismo liberal y de una democracia social, todo lo cual da lugar a una fusión entre el interés individual y la función social.

Continúa el estudio estableciéndose la acción funcionalizadora del poder público sobre la propiedad. Así, la propiedad se constituye en presupuesto de la libertad y de la dignidad de la persona, sancionadas constitucionalmente, conectándose propiedad con la garantía constitucional de un orden en el que cada persona pueda conseguir los instrumentos materiales para su libertad e igualdad, partiéndose, a su vez, de que la intervención de los poderes públicos ha de dirigirse a asegurar al propietario la conexión entre el interés público y el privado, sin anular la propiedad privada, respetando la doble garantía con que es tutelada por nuestro ordenamiento: la reserva de ley y la necesidad del contenido esencial de la propiedad.

Finaliza el autor definiendo la función social como elemento estructural del derecho de propiedad. De conformidad con el marco constitucional no sólo debe entenderse la función social como límite externo del derecho de propiedad sino que debe interiorizarse en el propio derecho, ya que no se trata tanto de constreñir las facultades que al propietario corresponden sino también asignarle una serie de deberes de conducta conformes a los intereses sociales o colectivos. De ahí que se hable por la doctrina, no ya de propiedad, sino de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.

«Jurisprudencia social», por RICARDO MORÓN PRIETO, pág. 77.

SUMARIO: 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

EL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN CASO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS.—2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA EXCLUSIÓN DE LOS TRANSPORTISTAS CON VEHICULO PROPIO DEL ÁMBITO DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.—

3. TRIBUNAL SUPREMO: LA DESCENTRALIZACIÓN DE TAREAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID:

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LIBERTAD SINDICAL (EN TORNO A LA IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DEL PERSONAL LABORAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID).

«Sobre la autorización industrial necesaria para la instalación de centrales de producción de energía eléctrica tras la nueva ley del sector eléctrico», por ANA GARCÍA NAVAS, pág. 89.

SUMARIO: 1. LA LEY 54/1997, DEL SECTOR ELECTRICO COMO MARCO NORMATIVO EN EL QUE SE REGULA LA EXIGENCIA DE AUTORIZACION PREVIA DE INSTALACION.—2. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES DE LA AUTORIZACION DE INSTALACION DE CENTRALES DE PRODUCCION DE ENERGIA ELECTRICA.—BIBLIOGRAFIA.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 26 (Septiembre 1999)

«Los aprovechamientos colectivos de pastos», por REMEDIOS GÓMEZ PADILLA, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. REGIMEN GENERAL: 1. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO. 2. BIENES DE DOMINIO PRIVADO: a) *Bienes de dominio privado de los entes públicos territoriales*: a') Estado; b') Comunidades Autónomas; c') Corporaciones Locales: Los bienes comunales. b) *Bienes de dominio privado de los particulares*. c) *¿Comunidad o servidumbre de pastos?* 3. BIENES COMUNALES: a) *Concepto y caracteres*; b) *Titularidad*; c) *Naturaleza jurídica de los aprovechamientos en común de pastos de los bienes comunales*; d) *Modalidades de los aprovechamientos de pastos en los bienes comunales*: a') Régimen de explotación en común o colectivo; b') Aprovechamiento peculiar según costumbre o reglamentaciones locales; c') Adjudicación de lotes o suertes; d') Adjudicación mediante subasta. e) *Aprovechamiento de bienes comunales integrados en el proceso de concentración parcelaria*. 4. MONTES: a) *Concepto*; b) *Clases*; c) *Aprovechamientos forestales: pastos*.—III. LAS DERROTAS DE MIESES. ORDENACION DE PASTOS, HIERBAS Y RASTROJERAS EN CASTILLA-LA MANCHA: 1. LAS DERROTAS DE MIESES: a) *Evolución histórica*; b) *Situación vigente*. 2. APROVECHAMIENTOS SOMETIDOS A ORDENACIÓN: a) *Comunidad de pastos regulada por el Código Civil*; b) *Servidumbre de pastos ejercida por una pluralidad de personas y regida por el Código Civil*; c) *Aprovechamientos comunitarios de pastos regidos por normas consuetudinarias*; d) *Exclusiones de pueblos o comarcas y de fincas agrupadas*; e) *Mancomunidades de pastos*; f) *Fincas segregadas*. 3. APROVECHAMIENTOS SOMETIDOS A ORDENACIÓN: a) *Normas generales de aprovechamiento*: a') Disposiciones a favor de la ganadería; b') Disposiciones a favor de la agricultura. b) *Modalidades de aprovechamiento ganadero en común*: a') *Dulas o píasas concejiles*; b') Cooperativas de explotación ganadera y otras ganaderías de grupo; c') Agrupaciones de fincas. c) *Adjudicación de los aprovechamientos de pastos*; d) *Régimen económico*; e) *Régimen sancionador*. 4. SOBRE LA NECESIDAD DE LA ORDENACIÓN DE PASTOS.—IV. BIBLIOGRAFIA.

«Breves reflexiones sobre el *Testamentum Militis*», por CÁNDIDA GUTIÉRREZ GARCÍA y JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ CUESTA, pág. 81.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES HISTORICOS.—III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA.—IV. PARTICULARIDADES DEL «TESTAMENTUM MILITIS».—V. EVOLUCION DE «TESTAMENTUM MILITIS» HASTA SU RECEPCION EN NUESTRO VIGENTE CODIGO CIVIL.—VI. EL TESTAMENTO MILITAR EN EL ORDENAMIENTO VIGENTE: a) REQUISITOS; b) FORMAS Y SOLEMNIDADES.

«Los derechos reales en el ordenamiento jurídico de Castilla-La Mancha», por ENCARNA CORDERO LOBATO, pág. 107.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA CAZA: A) REGULACIÓN. B) LA ADQUISICIÓN DE PIEZAS DE CAZA: 1. *La ocupación «secundum legem»*. 2. *El derecho a ocupar piezas levantadas y perseguidas*. 3. *Atribución de propiedad en los casos dudosos*. C) EL DERECHO AL APROVECHAMIENTO CINEGÉTICO PRIVADO. D) RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. E) SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO.—III. LA PESCA: A) REGULACIÓN. B) LA ADQUISICIÓN DE PIEZAS DE PESCA. C) EL DERECHO AL APROVECHAMIENTO PISCÍCOLA PRIVADO. D) EL «RÉGIMEN DE DISTANCIAS» EN EL EJERCICIO DE LA PESCA.—IV. EL URBANISMO: A) REGULACIÓN. B) LA REPARCELACIÓN VOLUNTARIA. C) LA URBANIZACIÓN DE TERRENOS: 1. *Relaciones entre el urbanizador y los propietarios*. 2. *Las Agrupaciones de interés urbanístico*. D) LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. E) LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE LA ADMINISTRACIÓN.—V. ACCESIBILIDAD EN LA VIVIENDA: A) REGULACIÓN. B) DERECHO A ADAPTAR VIVIENDAS Y ELEMENTOS COMUNES EN EDIFICIOS.—VI. MONTES: A) REGULACIÓN. B) CONSORCIOS Y CONVENIOS FORESTALES: 1. *Significado*. 2. *Descripción del régimen legal*. 3. *Calificación de estos contratos*. C) RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.—VII. LOS BIENES PATRIMONIALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: A) REGULACIÓN. B) RELACIONES DE DERECHO PRIVADO. C) PROTECCIÓN Y DEFENSA. D) DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.—VIII. PATRIMONIO HISTÓRICO: A) REGULACIÓN. B) INAPLICACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE TESORO OCULTO. C) EL DERECHO A ACCEDER A ARCHIVOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS DECLARADOS HISTÓRICOS.—IX. LAS OFICINAS DE FARMACIA: A) REGULACIÓN. B) INTRANSMISIBILIDAD DE LAS OFICINAS DE FARMACIA.

«El régimen normativo del visado urbanístico tras la Ley 2/98, de 4 de junio, de ordenación del territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha», por JOSÉ ANTONIO CARRILLO MORENTE, pág. 139 (sin sumario).

«Los crímenes de lesa humanidad», por MARÍA ISABEL GALLEGO CÓRCOLES, pág. 149 (sin sumario).

«El nuevo régimen jurídico de la revisión de oficio tras la Ley 4/1999, de 13 de enero», por JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, pág. 179.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. FUNDAMENTO DE LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS.—III. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA REVISIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.—IV. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA NUEVA LEY 4/1999: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. LA REVISIÓN DE LOS ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO Y DE LOS REGLAMENTOS. 3. LA REVISIÓN DE LOS ACTOS ANULABLES. 4. LA REVOCACIÓN DE ACTOS DE GRAVAMEN O DESFAVORABLES. 5. LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES.

«Derecho del trabajo y política de empleo en España», por ANTONIO BAYLOS, pág. 193.

SUMARIO: 1. LA «ORIENTACION AL EMPLEO» DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL.—2. LA «REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO» DE 1993-1994.—3. NUEVA POLITICA DE EMPLEO: 1997-1999.

«El Derecho comparado en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales», por LUCIO PEGORARO y PAULO DAMIANI, pág. 209 (sin sumario).

«Elementos básicos y aspectos civiles de la Ley 19/1995, de modernización de las explotaciones agrarias», por ANA CARRETERO GARCÍA, pág. 237.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ELEMENTOS BASICOS DE LA LEY: 1. EL AGRICULTOR PROFESIONAL. 2. LA EXPLOTACIÓN PRIORITARIA. 3. PREFERENCIAS Y BENEFICIOS FISCALES. 4. AGRICULTORES JÓVENES.—III. ASPECTOS CIVILES DE LA LEY: 1. LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO. 2. EL RETRACTO DE COLINDANTES. 3. LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.—IV. CONCLUSION.

Número 27 (Diciembre 1999)

«Aspectos críticos de la Ley 1/1999, de 4 de marzo, de modificación de la Ley de Ordenación de la Función Pública de Castilla-La Mancha», por JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ, pág. 9.

SUMARIO: 1. BREVES NOTAS INTRODUCTORIAS.—2. EL NUEVO REGIMEN JURIDICO DEL FUNCIONARIO INTERINO: 2.1. LA AMPLIACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE INTERINIDAD. 2.2. LA CREACIÓN DE LA FIGURA DEL «REINTERINAJE».—3. LOS NUEVOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE LA JUNTA: 3.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA REGIONAL. 3.2. EL DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA, NÚMERO 84/1998, DE 20 DE OCTUBRE. 3.3. VÍAS PARA EL ACCESO A LA CONDICIÓN FUNCIONARIAL.

«La reclamación previa administrativa en la Ley de Procedimiento Laboral, con particular referencia a la regulada en el proceso especial en materia de Seguridad Social», por JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 23.

SUMARIO: I. DEFINICION.—II. ORIGEN.—III. NATURALEZA JURIDICA.—IV. FINALIDAD.—V. AMBITO DE APLICACION.—VI. ELEMENTOS PERSONALES.—VII. ELEMENTOS MATERIALES.—VIII. LA RECLAMACION PREVIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.—IX. LEGITIMACION.—X. CONTENIDO.—XI. SUBSANACION.—XII. ACTOS DE COMUNICACION.—XIII. LOS ARTICULOS 72 Y 142 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL.

«Sanciones comunitarias: la potestad sancionadora del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», por ISAAC MARTÍN DELGADO, pág. 51.

SUMARIO: NOTA PRELIMINAR.—I. LA POTESTAD SANCIONADORA COMUNITARIA.—II. SANCIONES EN LA UNION EUROPEA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO DE SANCIÓN. 3. LOS DISTINTOS MODELOS SANCIONADORES COMUNITARIOS. 4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SANCIONADOR DE LA COMUNIDAD. 5. LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES.—III. EL RECURSO CONTRA LAS SANCIONES: 1. CONSIDERACIONES COMUNES A LOS TRATADOS CE, CEEA Y CEEA. 2. EN EL TRATADO CE.—IV. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SU POTESTAD SANCIONADORA: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. EL RECURSO POR INCUMPLIMIENTO. 3. LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 171 TCE. 4. LA POTESTAD SANCIONADORA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: EL APARTADO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 171.2 TCE.—NOTA FINAL.—BIBLIOGRAFIA.

«El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio», por M.^a LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN, pág. 97.

SUMARIO: I. EL OBJETO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA: a) DERECHOS OBJETO DE PROTECCIÓN; b) ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SUJETA AL PROCEDIMIENTO.—II. LEGITIMACION: a) LEGITIMACIÓN ACTIVA; b) LEGITIMACIÓN PASIVA.—III. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO: a) PREFERENTE; b) SUMARIO. SUPERACIÓN DE LA RÍGIDA DISTINCIÓN ENTRE LEGALIDAD ORDINARIA Y CUESTIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA NUEVA LEY; c) ALTERNATIVIDAD.—III. ALGUNAS CUESTIONES PUNTUALES DEL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: a) VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA POTESTATIVA; b) LA ADMISIÓN A TRÁMITE DEL RECURSO; c) LAS MEDIDAS CAUTELARES.

«La regulación de los convenios urbanísticos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha», por JESÚS DEL OLMO ALONSO, pág. 123.

SUMARIO: I. CONCEPTO Y UTILIDAD PRACTICA DE LOS CONVENIOS URBANISTICOS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO. 3. UTILIDAD PRÁCTICA.—II. NATURALEZA JURIDICA.—III. CLASIFICACION.—IV. RÉGIMEN JURIDICO: 1. RIESGOS EN SU UTILIZACIÓN. 2. RÉGIMEN JURÍDICO. 3. LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS Y LA DISCRECIONALIDAD DEL PLANEAMIENTO. 4. LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS EN LA JURISPRUDENCIA.—V. LA REGULACION AUTONOMICA DE LOS CONVENIOS URBANISTICOS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA.—VI. ALGUNAS CONCLUSIONES.

«Constitución, medio ambiente y protección tributaria del entorno natural», por J. ALBERTO SANZ DÍAZ-PALACIOS, pág. 149.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL ARTICULO 45 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA: 2.1. EL DERECHO A DISFRUTAR DE UN MEDIO AMBIENTE ADECUA-

DO Y EL DEBER DE CONSERVARLO. 2.2. EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA PROTECCIÓN DEL ENTORNO NATURAL.—3. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE. LA PROTECCIÓN DEL ENTORNO A TRAVÉS DE LOS TRIBUTOS: 3.1. LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 3.2. EL CONCEPTO DE LEGISLACIÓN MEDIOAMBIENTAL BÁSICA. 3.3. NOTAS RELATIVAS A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS MEDIOAMBIENTALES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. EL «ENTRECRUCE» DE ESTAS COMPETENCIAS Y LAS TRIBUTARIAS.—4. TRIBUTACIÓN AMBIENTAL SOBRE EMISIONES CONTAMINANTES.

«La fundamentación del uso de los tributos para la protección del medio ambiente», por GEMMA PATÓN GARCÍA, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS TRIBUTOS Y EL MEDIO AMBIENTE: 1. EL ARTÍCULO 45 DE LA CE. 2. FUNCIÓN ECOLÓGICA Y DEBER DE CONTRIBUIR.—III. LA EXTRAFISCALIDAD Y LOS TRIBUTOS MEDIOAMBIENTALES: 1. LOS FINES DEL TRIBUTO. 2. EL TRIBUTO CON FINALIDAD PREDOMINANTEMENTE EXTRAFISCAL O NO FISCAL: A) *Aproximación conceptual*. B) *Caracterización*.—IV. JUSTIFICACIÓN DE LA EXTRAFISCALIDAD EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA IMPOSICIÓN (ART. 31 CE): 1. LA PLENA ADMISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EXTRAFISCALIDAD. 2. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA: A) *Los fines no fiscales desde la perspectiva del principio de capacidad económica*. B) *La fiscalidad medioambiental y el principio de capacidad económica*. C) *La capacidad económica como límite a la utilización extrafiscal de los tributos medioambientales*. D) *La no confiscatoriedad como límite a la exigencia de capacidad económica en los tributos con finalidad extrafiscal*. 3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD TRIBUTARIA.

«La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida en el proceso penal», por MIGUEL PÉREZ ARROYO, pág. 201.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. PRUEBA Y PROHIBICIÓN DE LA PRUEBA: 1. LA PRUEBA. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES. 2. LAS PRUEBAS PROHIBIDAS. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES: 2.1. *Prohibición en la práctica, adquisición u obtención de la prueba*: 2.1.1. Prohibición en el tema probatorio. 2.1.2. Prohibiciones de medios de prueba. 2.1.3. Prohibición de métodos probatorios. 2.1.4. Prohibición de prueba relativa o prohibición condicional de la prueba. 2.2. *Prohibición en la utilización o en la valoración de la prueba*. 3. LA PRUEBA PROVOCADA COMO SUPUESTO DE PRUEBA PROHIBIDA: 3.1. *El agente provocador y la prueba provocada*: a) El confidente; b) El agente encubierto propiamente dicho; c) El «V. Mann». 3.2. *¿Prueba provocada: prueba prohibida?*—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (Julio-Diciembre 98)

«La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho comunitario (a propósito de la sentencia Rache dictada por el TJCE el 16-6-98)», por JAVIER ROLDÁN BARBERO, pág. 9.

SUMARIO: I. LOS DATOS ESENCIALES.—II. LA UBICACION DE LA SENTENCIA RACHE EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA.—III. EL CONVENIO DE VIENA DE 1969 Y LA COMUNIDAD EUROPEA.—IV. LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* ENTRE LAS CAUSAS DE TERMINACION O SUSPENSION DE UN TRATADO.—V. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—VI. LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO.—VII. LA REVELACION DE LA COSTUMBRE.—VIII. LA INTRODUCCION DE LA COSTUMBRE EN DERECHO COMUNITARIO.—IX. LA JERARQUIA DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL EN DERECHO COMUNITARIO.—X. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y EL JUEZ INTERNO.—XI. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA DIRECTA.—XII. CONCLUSIONES.

«La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura», por MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, pág. 35.

SUMARIO: I. EL ORIGEN, EL DESARROLLO Y LA FINALIDAD DE UN COMPLEJO PROCESO DE REVISION.—II. EL PROCESO DE REVISION DE LOS CONVENIOS DE BRUSELAS DE 1968 Y DE LUGANO DE 1988 EN PERSPECTIVA HORIZONTAL.—III. EL PROCESO DE REVISION DE LOS CONVENIOS DE BRUSELAS DE 1968 Y DE LUGANO DE 1988 EN PERSPECTIVA VERTICAL: 1. LAS REGLAS DIRECTAS DE COMPETENCIA: 1.1. *El forum domicilii* (arts. 2, 52 y 53). 1.2. *Los foros especiales* (art. 5). 1.3. *Los foros basados en la economía procesal* (art. 6). 1.4. *Los foros de protección* (arts. 7 a 15 quinquies). 1.5. *Los foros exclusivos* (art. 16). 1.6. *El foro contractual*. 2. LAS REGLAS TÉCNICAS DE COMPETENCIA: 2.1. *Comprobación de la competencia judicial y de la admisibilidad, litispendencia y conexidad* (arts. 19 a 23). 2.2. *Las medidas provisionales y cautelares* (art. 24). 3. LAS REGLAS SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN: 3.1. *Las reglas sobre reconocimiento* (arts. 26 a 30). 3.2. *Las reglas sobre ejecución* (arts. 31 a 45). 3.3. *Las disposiciones comunes sobre reconocimiento y ejecución*. 3.4. *Documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales*.—IV. A MODO DE CONCLUSION: LA EVOLUCION PRESENTE Y FUTURA DE LA IDONEIDAD DE LOS TEXTOS REVISADOS PARA LA SOLUCION DE LOS SUJETOS DE TRAFICO EXTERNO.

«La responsabilidad civil por daños de contaminación por hidrocarburos y el siniestro del buque Aegean Sea», por MIREYA CASTILLO DAUDÍ, pág. 69.

SUMARIO: INTRODUCCION: 1. EL SINIESTRO DEL AEGEAN SEA: 1.1. *Los hechos*. 1.2. *Las reclamaciones por los daños causados*. 2. EL RÉGIMEN CONVENCIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS: 2.1. *Convenios aplicables*. 2.2. *Competencia judicial*. 2.3. *Reglas materiales*. 3. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL, NÚMERO DOS, DE LA CORUÑA, DE 30 DE ABRIL DE 1996: 3.1. *Competencia judicial*. 3.2. *Asignación de responsabilidades*. 3.3. *Daños susceptibles de indemnización*. 4. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA CORUÑA DE 18 DE JUNIO DE 1997: 4.1. *Competencia judicial*. 4.2. *Asignación de responsabilidades*. 4.3. *Daños susceptibles de indemnización*.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFIA.

«Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso del derecho», por FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, pág. 93.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LAS CLAUSULAS DE ELECCION DE FORO Y LOS FALLOS DEL MERCADO: 1. EL ARGUMENTO. 2. LA CRÍTICA. 3. OTRAS CUESTIONES: a) *La solución legal*; b) *El argumento del enriquecimiento injusto*.—III. LAS CLAUSULAS DE ELECCION DE FORO Y EL ABUSO DEL DERECHO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ARGUMENTO. 3. LA CRÍTICA: a) *Sobre las cláusulas generales del sistema jurídico*; b) *El abuso del derecho y las normas de CJI*; c) *La «derogatio fori» en el Derecho español*; d) *El abuso del derecho del demandado*.—IV. CONCLUSIONES.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 858 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1999)

«Fe de conocimiento», por MARIO ANTONIO ZINNY, pág. 19.

«Tiempo compartido», por VERÓNICA E. GERVASI y otros, pág. 29.

«Cuestiones registrales», por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, pág. 39.

«El Registro de la Propiedad Inmueble y el medio ambiente», por LILIA NOEMÍ DIEZ, pág. 47.

«Subsanar donación a tercero. ¿Venta al donante? ¿Donación de dinero?», por CARLOS NICOLÁS GATTARI, pág. 83.

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Número 89 (Enero-Abril 1999)

«Protección de datos y moderno proceso penal: aspectos constitucionales y legales», por ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ, pág. 9.

«Necesidad de aplicar el concepto de bases de datos mediante la implementación de un sistema de información territorial», por MARIO ALBERTO ZAMORA CRUZ, pág. 43.

- «La nulidad de sentencias constitucionales por desviación de competencias (II)», por CÉSAR HINES CÉSPEDES, pág. 53.
 «Contrato de gestión interesada», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 91.
 Documento histórico.

DERECHO Y REFORMA AGRARIA

Número 30

- «La cuestión agraria (La agricultura como vocación de América Latina)», por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11.
 «Agricultura campesina. Economicismo y desarrollo sustentable», por ADOLFO GELSI BIDART, pág. 17.
 «Neoliberalismo y agricultura en la perspectiva del Estado negociador, vs. Estado democrático igualitario», por JOSÉ M.^a FRANCO GARCÍA, pág. 25.
 «Los pueblos del mundo frente a la globalización», por JORGE ARMAND, pág. 41.
 «Justiça agro-ambiental na Amazonia», por OTÁVIO MENDONÇA, pág. 55.
 «El manejo de los bosques en Venezuela: Algunos aspectos económicos y conservacionistas», por A. LUNA LUGO, pág. 65.
 «La usucapión y las tierras baldías: Breves consideraciones», por CARLIX DE JESÚS MEJÍAS, pág. 73.
 «Una mirada agraria a la cuenca del Chama merideno», por EDILBERTO MORENO, pág. 81.
 «Introducción al estudio de la toponimia fundial como institución jurídico-agraria», por ALÍ JOSÉ VENTURINI V., pág. 109.
 «Estudio analítico de la cooperativa agrícola orgánica "Quebrada Azul", la Azulita, municipio Andrés Bello, Mérida - Venezuela», por JOSÉ ESTEBAN MANTILLA MANTILLA, pág. 119.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 3 (1999)

- «Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncodified). Part I», por WILLIAM TETLEY, pág. 591.
 «The limitation of rights and actions in the international sale of goods», por KATHARINA BOELE-WOELKI, pág. 621.
 «UNIDROIT Principles: a significant recognition by a United States District Court», por MICHAEL JOACHIM BONELL, pág. 651.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Volumen LXXIV (1998)

- «Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "juiz" ou entre "Sistema", "Função" e "Problema". Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do Direito», por A. CASTANHEIRA NEVES, pág. 1.

- «L'Ordre Public International en Droit Portugais», por RUI MANUEL MOURA RAMOS, pág. 45.
- «O Corpus Iuris Lusitani no Hemisfério do Sistema jurídico Romano-Germânico (Considerações Introdutórias)», por FERNANDO JOSÉ BRONZE, pág. 63.
- «Ler Beccaria Hoje», por JOSÉ DE FARIA COSTA, pág. 89.
- «Providências de Recuperação de Empresas e Falência (Apontamentos de Direito Português)», por J. M. COUTINHO DE ABREU, pág. 107.
- «Aspectos da Marca Comunitária», por HANS-GEORG KOPPENSTEINER, pág. 131.
- «A Reforma no Direito Brasileiro: Novas Notas Sobre um Velho Debate no Direito Civil», por LUIZ EDSON FACHIN, pág. 147.
- «As Fundações, a Opinião Pública e a Sociedade Civil», por VÍCTOR DE SÁ MACHADO, pág. 157.
- «O Sistema Judiciário Português», por JOSÉ GONÇALVES DA COSTA, pág. 173.
- «O Costume como Fonte de Direito em Portugal», por ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, pág. 241.
- «Publicidade Domiciliária Não Desejada ("Junk Mail", "Junk Cafis" e "Junk Faxes")», por PAULO MOTA PINTO, pág. 273.
- «Aborto: Algumas Questões Jurídico-Constitucionais (A Propósito de uma Reforma Legislativa)», por JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO, pág. 327.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 1 (Enero-Abril 1999)

- «¿Se deben fidelidad los cónyuges que viven separados?», por ROSA M.^a BONILLA-PÉREZ, pág. 1.
- «El Derecho al revés: la doctrina del mejor bienestar del menor bajo el actual sistema de custodia monoparental en Puerto Rico», por YANIRA ALEMÁN TORRES, pág. 19.
- «La doctrina de mitigación de daños vis a vis el derecho constitucional a la libertad de culto», por HERIBERTO GÚIVAS LORENZO, pág. 55.
- «La responsabilidad civil extracontractual en el caso de maltrato de menores: la responsabilidad del Estado», por ISRAEL SANTIAGO LUGO, pág. 81.
- «Separación de bienes en el matrimonio y la reclamación de alimentos para hijos no comunes: ¿es el cónyuge del padre alimentante una parte indispensable en el pleito?», por TANIA X. LAPORTE REVERO, pág. 115.
- «Plusvalía profesional... ¿bien privativo o bien ganancial sujeto a división en la liquidación de la sociedad legal de gananciales?», por CARMEN LUGO LUCIANO, pág. 137.
- «Unicameralidad, sí o no: análisis jurídico de la viabilidad de adoptar un sistema legislativo unicameral en Puerto Rico», por RAFAEL FABRE CARRASQUILLO, pág. 167.
- «Divorcio notarial», por VANESSA GARCÍA PORRATA, pág. 203.
- «The Pamphlet wars: the original debate over citizenship in the Insular Territories», por FRANK E. GUERRA PUJOL, pág. 221.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Números 1 a 12 (Enero-Diciembre 1998)

- «Cooperativas de viviendas», por HÉCTOR MEDERO PINTO, pág. 13.
- «Cooperativas de vivienda», por ENRIQUE MALEL, pág. 17.
- «Cooperativas de propietarios», por BRUNO COPPOLA, pág. 25.
- «Cooperativas de viviendas de usuarios», por JORGE MACHADO GIACHERO, pág. 31.
- «La cesión de derechos posesorios. Aspecto tributario. Aspecto registral», por ARTURO YGLESIAS y otros, pág. 39.
- «Fe de conocimiento», por BEATRIZ FREIRE MUNIZ, pág. 51.
- «El Mercosur y la OEA aportan nuevas normas para regular a los contratos internacionales», por RUBÉN SANTOS BELANDRO, pág. 57.
- «De "La sucesión por causa de muerte" como título posesorio», por RAÚL ANIDO, pág. 77.

Números 1 a 6 (Enero-Junio 1999)

- «De la partición transaccional», por RAÚL ANIDO BONILLA, pág. 23.
- «Propiedad horizontal. Desafectación. Ley n.º 16.871», por NELLY DELASCIO PASTORINO, pág. 67.
- «Los derechos de habitación y uso del cónyuge supérstite», por WALTER HOWARD, pág. 77.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 179 (Diciembre 1999)

- «Acerca de una discordancia entre el Derecho comunitario y el Ordenamiento constitucional italiano: el reconocimiento de los derechos de sufragio en los comicios europeos», por BERNARD FRANK MACERA, pág. 9.
- «Sobre lo oneroso de la protección no contenciosa de la seguridad jurídica», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 19.
- «Los principios generales del Derecho comunitario. En particular, los principios de efecto directo y primacía», por JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, pág. 23.
- «Situación y perspectivas de la participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 35.
- «La Decisión del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre comitología», por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 43.
- «El régimen jurídico de la utilización y uso de los espacios naturales protegidos: aspectos internacionales, comunitarios e internos», por DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 51.
- «La política comunitaria del gas natural», por LUIS ALBERTO RASINES GARCÍA, pág. 71.

- «El concepto de impuesto sobre el volumen de negocios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: nuevas aportaciones», por FRANCISCO ALVAREZ ARROYO, pág. 89.
- «Los instrumentos fiscales en el control de los problemas medioambientales en Europa», por MARTA MAGADÁN DÍAZ y JESÚS I. RIVAS GARCÍA, pág. 97.
- «Código de conducta para la fiscalidad de las empresas», por LUZ RUIBAL PEREIRA, pág. 105.

Número 180 (Enero 2000)

- «El Tratado de Amsterdam: aspectos y reflexiones generales», por DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 9.
- «Un estudio del apartado 8.º, del artículo 7, de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido», por ADORACIÓN BORJA SANCHÍS, pág. 31.
- «Condiciones constitucionales a las medidas financieras de las Corporaciones Locales en materia medioambiental», por MARTA GÓMEZ VERDESOTO, pág. 37.
- «La Zona Especial Canaria en el marco jurídico constitucional y del Tratado de la Unión Europea», por MARCOS M. PASCUAL GONZÁLEZ, pág. 47.
- «Los precios discriminatorios como defensa frente a las importaciones paralelas de productos farmacéuticos en la Unión Europea. (Comentario a la Resolución del Pleno del TDC, de 16 de octubre de 1998, Expte. MC 29/98, "GLAXO")», por FERNANDO DÍEZ ESTELLA, pág. 63.
- «Aproximación al Reglamento de Ordenación y Supervisión de los seguros privados desde la perspectiva del Derecho comunitario», por FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, pág. 75.
- «Educación para la paz», por JESÚS LÓPEZ MEDEL, pág. 93.
- «Los sistemas de protección social en Europa», por MARTA MAGADÁN DÍAZ y JESÚS RIVAS GARCÍA, pág. 101.