

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIV ○ Mayo-Junio 1988 ○ Núm. 586

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisoló.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.
D. José María Chico Ortiz.
D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza», por NICOLÁS PÉREZ CÁNOVAS.	735
«La reforma de la legislación de sociedades mercantiles», por HELIODORO SÁNCHEZ RUS y JUAN PABLO RUANO BORRELLA	761
«Los subrogados del pago», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	851

DICTAMENES Y NOTAS:

«El derecho de representación del artículo 814, párrafo tercero, del Código Civil», por JOAQUÍN LANZAS GALVACHE y FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ	935
--	-----

ACTUALIDAD JURIDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	959
---	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	969
II. Resoluciones de la Dirección General, por PEDRO AVILA ALVAREZ, ANTONIO MORO SERRANO y FERNANDO CANALS BRAGE	977
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho civil:	
a) Parte general y derechos reales, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1033
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1075
d) Derecho de familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1100
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1109
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1135

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid», de RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	1143
«Primeros encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco», de M. ^a EMILIA CASAS BAAMONDE y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	1146
«Resoluciones sobre el sistema notarial», de JOAQUÍN DE PRADA y MATEO BALLBÉ TURÚ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	1149
«Changement des circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle», de DENIS-M. PHILIPPE, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ ...	1152
«L'évolution contemporaine du droit des contracts». Intervenciones de diversos profesores en las Jornadas de Homenaje al que fue Decano de Poitiers, RENÉ SAVATIER, en octubre de 1985, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ ...	1154
«El nuevo Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», de JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	1158
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN ...	1165

ESTUDIOS

Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

La tierra, en su acepción más restringida, es la parte física de la corteza terrestre (1) o, si se prefiere, del planeta Tierra. Primigenio medio de producción, indispensable en la creación de la riqueza necesaria para la supervivencia y desarrollo de la humanidad, tiene como característica más sobresaliente la de ser limitada o limitable y, por tanto, objeto de relaciones sociales de apropiación.

Estas relaciones sociales de apropiación significan relaciones de inclusión-exclusión sobre porciones delimitadas de tierra, que se incorporan históricamente mediante signos concretos y bajo formas extremadamente diversas. Tomemos dos ejemplos bien conocidos.

En el Derecho romano prejustiniano, mediante el ceremonial solemne y sagrado de la *limitatio* (2), se delimitaban los *agri limitati*: porcio-

(1) MOLINER, entre otros usos de la expresión tierra, recoge uno amplio —«planeta en que habitamos»— y otro más restringido: «superficie del planeta Tierra no cubierta por el mar». *Diccionario de uso del español*, II, Madrid, 1983, pág. 1312.

(2) Para BONFANTE, «como resulta de los testimonios precedentes, la propiedad romana está estrechamente conectada a la *limitatio*, lo que quiere decir que sólo en una fase de la historia de los campos han sido delimitados solemnemente y que, además, la propiedad ha surgido sobre un suelo precedentemente público». *Corso di Diritto romano*, II, 1.º, Milano, 1966, págs. 254 y 255. Un estudio más amplio sobre el tema puede verse en la obra ya clásica de BRUGI: *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, Roma-L'Erma, 1968 (ed. anastática de Padova, 1897). MAX WEBER, por su parte, lo trata también, desde una vertiente más sociológica y económica que jurídica, en *Historia agraria romana*, trad. esp. de V. A. GONZÁLEZ, Madrid, 1981, págs. 15 a 88. Últimamente es de

nes de terreno que eran medidos por los agrimensores marcando sus límites con signos externos (*iter limitare* en el campo, *ambitus* en la ciudad); los *agri arcifinales*, en cambio, eran aquellos que no habían sido objeto de medición y cuyos límites venían señalados por elementos naturales (ríos, montes, vertientes, lagos, etc.) o artificiales (fosos, cercas, hileras de árboles, etc.). Cada uno de ellos revelaba un tipo de apropiación diferente: los *agri limitati* eran objeto de propiedad privada individual; los *agri arcifinales* pertenecían al *ager publicus* o, por lo menos, no eran de propiedad privada (3).

El otro ejemplo lo extraemos del Derecho germánico. Estos en la época que entran en contacto con la civilización romana se agrupaban en las *sippes* (4). Cada *sippe* o comunidad política ejerce su soberanía sobre un territorio conocido por la «marca», cuyo nombre originariamente significaba la delimitación de la tierra de su propiedad. A su vez, en la «marca» se distinguían tres componentes que indicaban relaciones de apropiación diferentes dentro de la *sippe*: 1. La *Eigentum an Hans und Hof*, es decir, el espacio interior de la aldea, integrado por casas, patios y huertos de propiedad individual. 2. La *Feld mark*, formada por tierras de propiedad colectiva, pero repartidas según formas de medición y sorteos periódicos entre los miembros de la comunidad para un tipo de goce especial. 3. La *Allmende*, constituido por bosques, pastos, etc., que permanecen en propiedad y disfrute de la comunidad y, por tanto, indivisos (5).

Siempre dentro de esta vertiente formal, esta necesidad de delimitación a los fines de crear unidades de terreno autónomos e independientes que son objeto de apropiación y, en general, de derechos, es consecuencia lógica de la continuidad de la superficie terrestre. Se trata de una concreción de la extensión horizontal del suelo, estableciendo fronteras mediante signos convencionales, que se pueden materializar en objetos visibles y «que presuponen el derecho real de propiedad: sin él, esa

interés la tesis inédita, leída en la Facultad de Derecho de Granada en 1977, de RESINA SOLA: *Frontino, reparto y régimen jurídico de la tierra en Roma*, 5 volúmenes en prensa.

(3) *Vid.*, entre otros, D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, página 137; ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, I, Madrid, 1974, pág. 105; IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1979, pág. 248; BESTA: *I diritti sulle cose nella storia del Diritto italiano*, Milano, 1964, pág. 97.

(4) *Vid.*, sobre dicha formación social, BRUNNER y VON SCHWERIN: *Historia del Derecho germánico*, trad. esp. de José Luis ALVAREZ, Barcelona, 1936, págs. 11 a 14, y GARCÍA VALDEAVELLANO: *Curso de historia de las instituciones españolas*, Madrid, 1973, pág. 168.

(5) *Vid.* PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp. de MELÓN INFANTE, Barcelona, 1957, págs. 70, 71, 101 y 102.

superficie sólo estaría interrumpida —pero no delimitada— por los accidentes físicos» (6).

Nuestro Derecho atiende a estas delimitaciones horizontales mediante las operaciones jurídicas de deslinde y amojonamiento. Por la primera se fijan los límites materiales; por la segunda se señalizan utilizando cualquier signo externo. La regulación legal de ambas operaciones de individualización de una porción de terreno se contienen en el Código Civil (arts. 384 a 387) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 2.061 a 2.070).

Esta superficie delimitada, objeto de derechos, nos aproxima al concepto que con una tan variada como imprecisa terminología es denominada por el Código Civil con los vocablos más diversos, entre los que adquiere un mayor índice de frecuencia los de «cosa o bien inmueble», «finca» y «predio» (7).

Empero, la delimitación horizontal del suelo rayaría en el absurdo si ello no implicara una cierta ocupación del subsuelo y el espacio superior necesario para su aprovechamiento (8). Cuando un grupo social se apropia de una porción del suelo de la Tierra, tal apropiación no responde a un interés abstracto, sino bien concreto: es condición para garantizar que los frutos del trabajo efectuado sobre tal extensión de la Tierra, mediante las operaciones de recolección de los que se encuentran en la naturaleza o se obtengan por siembra, plantación, excavación o construcción, volverá a él y no a otros. El interés de la apropiación no está tanto en la corteza terrestre desnuda como en sus posibilidades de explotación y aprovechamiento, lo que exige una ocupación mayor o menor del espacio superior y el subsuelo. Pero el problema sobre la delimitación vertical del inmueble por naturaleza no va a tener ninguna relevancia y, en consecuencia, no hará su aparición en la escena jurídica hasta que dentro del grupo social no se establecen unas relaciones privadas de apropiación que, como veíamos, su materialización jurídica es contingente en el espacio y el tiempo.

El problema de la extensión vertical del dominio o del objeto sobre el que éste recae, se encuentra adherido al concepto de la propiedad

(6) LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1975, pág. 85.

(7) *Vid.* la amplia y exhaustiva exposición, salvando los artículos modificados por las últimas reformas, de estos y otros términos que son utilizados como sinónimos por el Código Civil, en GARCÍA CANTERO: «La finca como objeto de derecho real», en *RCDI*, 1966, págs. 286 y 287.

(8) Como ya dijera LAURENT, «la Ley no se ocupa de abstracciones, no tiene por objeto más que cosas reales». *Principes de Droit civil français*, VI, Bruxelles, 1876, págs. 322 y 323.

individual y absoluta elaborado por el Derecho romano (9). Si bien, como ha sido suficientemente demostrado, no corresponde atribuirle a éste la formulación de una extensión desorbitada de la propiedad *usque ad coelum* o *ad sidera* y *usque ad inferos* o *ad profundum* (10), tal concepto dominical (11), junto a la artificiosidad de sus construcciones jurídicas (12), actuaron de caldo de cultivo para la proclamación posterior de los postglosadores e intérpretes del *Digesto*. Dicha solución, evidentemente, no pudo encontrar su fuente inspiradora en el Derecho germánico, «donde —como recuerda en un momento de resurrección el *Sachsenspiegel*, 1, 35, II, 66— el derecho del agricultor termina bajo la reja del arado» (13).

Aceptado por su obviedad que «una finca no puede concebirse como objeto patrimonial sin el espacio sobre y bajo el suelo» (14), pues reducida a una superficie sin espesor alguno sería ilusorio el interés del sujeto titular (15), ¿qué criterio seguir para situar los límites *infra* y *supra*? Salvo en lo imprescindible, no es nuestra intención reproducir el ya manido debate sobre la cuestión, al que, por otro lado, se ha criticado por su poco interés práctico (16), a pesar de ser exquisitamente jurídico (17). Dejando a la opinión del lector nuestras reservas a estas observaciones, por ahora sólo pretendemos esbozar algunas dudas y puntos

(9) Los romanistas han caracterizado este tipo de propiedad, en contraposición a la colectivista, como ilimitada —exclusiva y absoluta—, absorbente, inmune y perpetua. Por todos, *vid.* IGLESIAS, *op. cit.*, págs. 248 y 249.

(10) *Vid.* BONFANTE, *op. cit.*, pág. 260.

(11) Hay que resaltar, como ha sido suficientemente expuesto por la mejor doctrina, que las categorías jurídicas no son ahistóricas y, por tanto, no es correcto transplantar mecánicamente el concepto romano del dominio al que se manifiesta en el medievo. Ahora bien, parece que no cabe ningún tipo de duda que lo que en la Baja Edad Media se conoce por «recepción del Derecho romano» o «renacimiento jurídico» es un intento de apropiarse del acervo de las fuentes romanas como instrumento técnico perfeccionado.

(12) *Vid.* BONFANTE, *op. cit.*, pág. 259. Como ha reflejado MAX WEBER, el dominio romano «era el resultado de una tendencia consciente de política agraria, que aspiraba a conseguir con medios un poco artificiosos la libertad absoluta de disponer, económica y jurídicamente, de la propiedad inmueble, además de su máxima movilidad posible». *Op. cit.*, pág. 85.

(13) BENEYTO PÉREZ: *Estudios sobre la historia del régimen agrario*, Barcelona, 1941, pág. 140.

(14) GONZÁLEZ, Jerónimo: «Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», en *RCDI*, 1925, pág. 20.

(15) Como ha dicho MARTY-RAYNAUD: «La propiedad no se ejerce sobre una superficie; debe necesariamente tener por objeto un cierto volumen. Una superficie sin espesor no tendría apenas interés porque no permitiría ni plantar, ni construir, ni excavar». *Droit civil*, II, 2.º, París, 1965, pág. 124.

(16) Así lo han manifestado BRUGI: *Della proprietà*, I, Torino, 1923, pág. 450; SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, III, Madrid, 1900, pág. 138; ALBALADEJO: *Derecho civil*, III, 1.º, Barcelona, 1974, pág. 202.

(17) *Vid.* TABET y OTTOLENGHI: «La proprietà», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dirigida por Walter BIAGI, Torino, 1968, pág. 49.

de vista que nos permitan avanzar en la resituación de la delimitación vertical del dominio inmobiliario dentro de las coordenadas jurídicas del Derecho vigente. Desde tal perspectiva, dos aspectos han de ser destacados en orden a su necesaria revisión: 1. La doctrina del interés del *dominus soli* en la formulación iheriana, en cuanto presupuesto básico sobre el que operar la extensión vertical del dominio, y en conexión con esto. 2. La naturaleza jurídica del espacio superior al fundo y del subsuelo, a fin de elucidar si es susceptible disociarlos jurídicamente para constituir autónomamente objetos de derechos.

II. LA EXTENSION VERTICAL DEL DOMINIO

A) LÍMITES A LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO AÉREO Y DEL SUBSUELO POR EL «DOMINUS SOLI»

El problema se plantea en base al aforismo del postglosador CINO DE PISTOIA: *Qui dominus est soli, dominus est usque ad coelum et usque ad inferos* (18), dado que tal solución representaría una imaginación desorbitada, al tiempo que la más vasta y absurda explicación del derecho de propiedad (19). A pesar de todo, esta desmesurada extensión tuvo acogida en el Código Napoleónico (20) e italiano de 1865 (21). En nuestro Código Civil, el único precepto que se asemeja en la materia al de sus predecesores es el artículo 350. Pero frente a las analogías también destacan las divergencias.

A diferencia del *Code*, que regula la extensión vertical del dominio en uno de los capítulos dedicados a la accesión, nuestro Código lo hace al tratar de la propiedad en general (capítulo I del título II del libro II). La doctrina española lo estudia en la sede *materiae* de la propiedad, pero

(18) Este pensamiento se encuentra expresado también en CUYACIO y COEPOLLA. La opinión contraria fue formulada también por Pablo DE CASTRO. Vid. GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 15 y 16.

(19) BONFANTE, *op. cit.*, pág. 260.

(20) Art. 552: «La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire veut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des servitudes ou services fonciers. Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tout les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police».

(21) Art. 440: «La propiedad del suelo supone la de la superficie y la de todo lo que se encuentra en la parte superior e inferior de éste». Traducción española de AGUILAR, sin lugar de edición y sin fecha.

mientras unos lo tratan dentro del objeto (22), otros lo hacen en el contenido o en los límites a tal contenido (23). En realidad son dos aspectos de un mismo problema, íntimamente relacionados.

Como sabemos, la ausencia de límites precisos en sentido vertical para la propiedad fundiaria es una característica física que diferencia a los bienes inmuebles de los muebles (24); en éstos, los límites vienen dados por su naturaleza (25). Para aquéllos tal imprecisión en los límites verticales no empece la facultad de utilizar en alguna medida el espacio superior e inferior al fundo. Facultad que, en cuanto manifestación de un derecho subjetivo, tiene un ámbito de tutela frente a las injerencias de terceros extraños, que resulta de la disciplina del *jus opponendi*. En esta imbricación entre ambas, facultad y *jus opponendi* (26), la pregunta no se hizo esperar en el momento que las condiciones económicas y sociales sufren alteraciones significativas por el desarrollo de las fuerzas productivas y el descubrimiento de nuevas tecnologías hasta entonces desconocidas (27): ¿Hasta qué altura o profundidad podrá el propietario ejercer la facultad de ocupar el espacio superior y el subsuelo o ejercitar el *jus opponendi*?

(22) V.gr., CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, II, 1.º, Madrid, 1978, págs. 150 a 155; ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 198 a 202; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1977, págs. 104 a 115.

(23) V.gr., SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 138; VALVERDE Y VALVERDE: *Tratado de Derecho civil*, II, Madrid, 1910, págs. 75 a 77; CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1959, págs. 378 y 379; PUIG BRUTAU: *Fundamento de Derecho civil*, III, 1.º, Barcelona, 1978, págs. 290 a 295; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, II, Madrid, 1981, págs. 82 a 88.

(24) Para COSTANTINO, «es probablemente ésta la razón que explica por qué el ámbito del *jus opponendi* se encontró definido en tema de propiedad de los fundos: aquí el problema de la individualización se resuelve mediante los confines, necesariamente establecidos, que determinan dos únicas dimensiones, la longitud y la anchura, mientras que la tercera, la altura, queda indeterminada». *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, págs. 171 y 172.

(25) Cfr. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 85; LEVY: «La proprietà immobiliare nella giurisprudenza», en *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, dirigida por ROTONDI, Padova, 1973, pág. 13.

(26) Sobre el derecho del propietario a oponerse a cualquier injerencia de un tercero, son interesantes las precisiones que hace NATOLI. Observa del análisis de una sentencia de la casación italiana (de 5 de diciembre de 1974) que pertenece al agresor, según las reglas generales, la carga de probar la carencia de interés del propietario a oponerse a la actividad desarrollada en el subsuelo o en el espacio superior; se trata —continúa NATOLI— de una prueba diabólica, si del interés a oponerse se da una noción bastante lata, capaz de comprender utilidades futuras y eventuales. *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1980.

(27) En palabras de PUIG BRUTAU: «Esta excesiva generalización se fundaba en la ausencia de los hechos que permitieron señalar esta circunstancia: su carácter excesivo. Como siempre, la regla general proclamada solemnemente para regir los hechos ha de ser alterada cuando éstos ofrecen alguna variación. Los nuevos hechos que dislocaron la regla general pueden resumirse brevemente diciendo que han sido la minería, las comunicaciones o transportes subterráneos y aéreos y el

Desechada unánimemente por la doctrina extranjera la hiperbólica expresión *ad caelum y ad profundum*, tuvo en un principio gran acogida la fórmula del interés de IHIERING, como lo demuestra su reflejo positivo en algunos monumentos legislativos del presente siglo: Códigos Civiles alemán (28), suizo (29), italiano de 1942 (30) y portugués de 1966 (31). Según esta teoría, hasta donde llega el interés práctico del propietario merece la protección de su derecho. PAMPALONI lo concretó afirmando que tal interés viene determinado «en relación con el uso de que es susceptible el fundo de que se trata en las condiciones actuales del arte y de la industria humana» (32).

En lo tocante a nuestro Código Civil, el artículo 350 no da pie para sostener la ilimitación vertical de la propiedad, por lo menos *ad sidera*, pero tampoco recoge la fórmula del interés. No obstante, la jurisprudencia bien pronto de forma implícita dio acogida a dicha teoría (33). La doctrina de la primera época posterior al Código Civil hizo caso omiso al alcance del mencionado precepto. Excepcionalmente encontramos breves referencias al comentarlo MANRESA. Sorprendido que el Código guar-

tendido de cables para la transmisión de energías o para fines de comunicación. El empirismo que brota de los nuevos hechos obliga a introducir alteraciones en la regla general». *Op. cit.*, pág. 290.

(28) Parágrafo 905: «El derecho de propiedad de una finca se extiende al espacio sobre la superficie y el cuerpo de tierra bajo la misma. El propietario no puede, sin embargo, prohibir intromisiones que se realicen a tal altura o profundidad que él no tenga ningún interés en la exclusión». Traducción española del BGB de MELÓN INFANTE, Barcelona, 1955.

(29) Art. 667: «La propiedad del suelo implica la de arriba y la de abajo, en toda la altura y profundidad útiles a su ejercicio». Traducción española tomada de PUIG BRUTAU, *op. cit.*

(30) Art. 840: «Sottosuolo e spazio sovrastante al suolo.—La proprietà del suolo si estende al sottosuolo con tutto ciò che vi si contiene, e il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino. Questa disposizione non si applica a quanto forma oggetto delle leggi sulle miniere, cave e torbiere. Sono del pari salve le limitazioni derivati dalle leggi sulle antichità e belle arti, sulle opere idrauliche e da altre leggi speciali. Il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escludere».

(31) Art. 1.344: «1. A propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo, com tudo o que neles se contém e não esteja desintegrado do domínio por lei ou negócio jurídico. 2. O proprietário não pode, proibir os actos de terceiro que, pela altura ou profundidade a que têm lugar, não haja interesse em impedir».

(32) Cit. por GABBA: *Cuestiones prácticas de Derecho civil moderno*, I; traducción española de Adolfo POSADA, Madrid, sin fecha, pág. 177.

(33) Es muy repetida en los manuales y trabajos monográficos sobre el tema la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1909, que ha llamado la atención por considerarse muy avanzada socialmente para su tiempo. Otras sentencias del mismo órgano que han incidido sobre la cuestión, si bien muy posteriores y algunas de las cuales aludiremos a lo largo de este trabajo, son las de 16 de febrero de 1962, 7 de marzo de 1969, 3 de abril de 1984, 14 de junio de 1985 y 5 de junio de 1986.

dara silencio en punto tan importante, nos advierte el comentarista de cómo las legislaciones recientes tienden a limitar el principio sin atenuaciones de la extensión vertical del dominio recogido en el Código Civil francés, partiendo para ello de la teoría preconizada por IHIERING. Para MANRESA, «la misma doctrina podía ser aplicada en nuestro Derecho, dada la vaguedad de los términos con que está redactado el artículo 350» (34).

Cabe el mérito a JERÓNIMO GONZÁLEZ de ser el pionero en desvelarnos el estado de la cuestión en la doctrina extranjera, así como marcar las pautas de su aplicación práctica en nuestro Derecho. «El derecho de propiedad sobre los predios —escribe don JERÓNIMO— presenta una densidad *maximum* en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de la máxima energía; pero a medida que nos alejamos en la línea vertical, hacia arriba o hacia abajo, se debilita el poder de hecho del propietario y la reacción jurídica contra la perturbación de su derecho.» Seguidamente desenvuelve la teoría de PAMPALONI en orden a los coeficientes que el Juez deberá tener presente en la concreción del módulo de este decrecimiento de la facultad del propietario al *jus opponendi* (35).

A partir de este momento, la doctrina española se ha limitado a dar acuse de recibo de la teoría del interés para adaptar y llenar la laguna legal, en parte, del artículo 350 del Código Civil, aunque tímidamente; no pudiendo sustraerse a las transformaciones del régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria, hace referencia a los límites de este interés: en la medida que las leyes y los reglamentos no le prohíban al titular dominical ejercerlo (36).

La teoría del interés ha sufrido los mismos avatares que la teoría del Derecho subjetivo en la formulación ihieriana: no parece responder de pleno a la moderna configuración del derecho de propiedad. Efectivamente, son muchos los casos donde el interés del propietario a impedir la invasión de su espacio aéreo y la utilización de su subsuelo es notorio y, sin embargo, no está tutelado por la ley. Pensemos en el vuelo de aeronaves a baja altura que producen molestias derivadas del ruido y el presumible daño eventual a algunos animales de crianza, especialmente si la molestia es continuada por tratarse de un fundo próximo a un

(34) MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, III, Madrid, 1934, pág. 156.

(35) GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 32 y 33.

(36) V.gr., PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en sus notas al libro de MARTIN WOLF: *Tratado de Derecho civil*, III, 1.º, Barcelona, 1971, págs. 347 y 348; CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, págs. 151 y 152; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 209 y sigs.; ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 201 y 202; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, págs. 114 y 115; VILLACAÑAS, «La propiedad en sentido vertical», en *RCDI*, 1953, páginas 488 y sigs.

campo de aviación. El dueño, a pesar de existir una violación de su interés, ha de soportarlo en virtud del principio de libertad aérea. Asimismo, la imposición coactiva de servidumbres de paso de líneas telegráficas, telefónicas, de conducción eléctrica, etc. (37), o la construcción de túneles de ferrocarril en el subsuelo de un fundo sobre los que el propietario no tiene ningún derecho y donde no se puede negar su interés en impedirlos, aunque sólo sea por obligar a la adquisición o a la expropiación y recibir el precio (38). Bástenos estos ejemplos para poner de manifiesto la inconsistencia de la teoría del interés. En la doctrina italiana, a resulta de tales situaciones u otras similares, ROTONDI se ha sentido obligado a considerar peligrosa o, por lo menos, vaga la teoría del interés, pues «si el propietario no tiene interés en ello, porque el Derecho no reconoce expresamente este interés o porque lo niega, entonces es la norma misma la que ha de considerarse y la que resuelve el problema». Al criterio del interés ha opuesto ROTONDI el de la aprehendibilidad (39). Con esta opinión coincide DE MARTINO, para quien «contemplando los casos más frecuentes de invasión del espacio aéreo aparece claro que la fórmula del interés acogido por el Código (se refiere al italiano de 1942) es una realidad inadecuada: ella está mejor integrada reclamando la norma fundamental sobre la propiedad, cuya utilización del bien es lícita siempre en el ámbito de las leyes y los reglamentos» (40).

Si bien no se puede ocultar que la teoría del interés supuso un avance respecto a la exagerada formulación plasmada en los Códigos francés e italiano de 1865, tampoco que la razón que lo fundamenta no está tanto en suponer una restricción a los excesos individualistas consagrados por aquéllos como en la recomposición de los nuevos intereses económicos que, en cuanto manifestación de nuevas formas de riqueza originadas por el desarrollo de las fuerzas productivas, exige sacrificios a esa propiedad fundiaria ilimitada verticalmente. Luego sirve de igual manera a un interés individualista, sólo que éste ya no tiene su expresión exclusiva, por no decir más importante, en la propiedad de la tierra, pues junto a la burguesía terrateniente, el desarrollo capitalista ha hecho emerger la burguesía industrial o comercial, que en la necesidad de una revalorización continua del capital tratará de imponer una concepción productivista y dinámica de la propiedad, que vendrá a sustituir en el

(37) DE MARTINO: *Commentario del Codice Civile*, al cuidado de SCIALOJA y BRANCA, III, Bologna, 1962, pág. 162.

(38) Vid. ROTONDI: *Instituciones de Derecho privado*, trad. esp. de VILLAVICENCIO, Barcelona, 1953, págs. 242 y 243.

(39) Vid. *ibídem*, pág. 243.

(40) DE MARTINO, *op. cit.*, pág. 163.

sistema de los papeles sociales a aquella estática e ilimitada que reflejan, más o menos contundentemente, los códigos decimonónicos (41).

¿Hasta qué punto puede sostenerse actualmente la doctrina del interés? Para resaltar su paulatino desfase con la incesante transformación del derecho de propiedad, merece la pena que incidamos en el alcance de la tutela que encierra esta formulación doctrinal: 1. El interés actual, ligado al destino dado por el propietario al fundo. 2. El interés potencial, lo que significa el interés del propietario para alterar el destino económico del fundo; interés potencial que devendrá actual si el propietario cumpliera un acto de ejercicio del derecho de propiedad. Por eso se admite que el propietario tiene derecho a excluir la actividad de los terceros que lesionen su interés a toda utilidad económica del bien, puesto que tiene poder para realizar toda posible forma de goce del fundo (42). ¿Se pueden mantener estos presupuestos en la configuración moderna del derecho de propiedad? Seguir anclado en la teoría del interés es cerrar los ojos a las transformaciones que el instituto ha experimentado a través de una legislación extravagante al Código Civil. Acertadamente, COSTANTINO ha puesto en evidencia cómo la doctrina dominante considera el interés del propietario a la *utilitas* en abstracto, esto es, del uso económico del bien para la satisfacción de necesidades que él mismo libremente determina. Esta esfera de libertad de elección del propietario de un fundo no coincide con la libertad casi absoluta que parece desprenderse del Código, sino que del régimen jurídico actual de la propiedad fundiaria resulta evidente que el interés del propietario se determina en concreto, en referencia al destino posible del bien en la medida de su naturaleza jurídica, donde hay, sin duda, un margen de discrecionalidad en la actuación del contenido del derecho, pero no coincide con todas las elecciones que el propietario puede considerar, a su juicio, ventajosas (43).

Tal vez sea todavía arriesgado afirmar tajantemente que la teoría del interés ha perdido completamente su valor en el Derecho actual, y, por tanto, ha de ser desahuciada por el jurista presente, pero sí creo conveniente mirarla con la lógica desconfianza y precaución que encierra un concepto que ya no constituye el paradigma referencial para resolver los conflictos de inmisiones en el subsuelo y el espacio superior al fundo. Pero incluso mirando al momento en que podría situarse el auge de la teoría del interés, ¿acaso donde el interés del propietario no existía, el problema del ámbito del *jus opponendi* no estaba ya resuelto por la prohibición de los actos emulativos? Ahora quizá estemos en condiciones de afirmar que cuando el interés del propietario no exista por

(41) Vid. RESCIGNO: *Manuale de Diritto privato italiano*, Napoli, 1973, pág. 427.

(42) Vid. COSTANTINO, *op. cit.*, págs. 168 y 169.

(43) Vid. *ibidem*, págs. 174 a 178.

otras razones distintas a encontrarse limitado en su ejercicio por la ley, tales como haberlo puesto de manifiesto mediante actos concluyentes o por no ser digno de tutela jurídica cuando el derecho de propiedad se ejercita o se pretende ejercitar sin utilidad propia y con el único propósito de dañar o molestar al vecino, el ámbito del *jus opponendi* ha de considerarse resuelto por la aplicación de la doctrina de los actos propios, del abuso del derecho o de los actos de emulación. Así parece desprenderse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1984, donde la similitud con la vieja teoría que prohíbe los actos de emulación es evidente. El demandante pretende que se declare la obligación del demandado a retirar del subsuelo de su finca determinados elementos de construcción, consistentes en cables o anclajes, una vez cumplido su cometido, por entender «que tal permanencia limita el uso del subsuelo referido, aun cuando de tal operación no se hayan afectado a la estabilidad del edificio ni de daños y perjuicios solicitada en la demanda inicial». El Tribunal Supremo, revocando la sentencia del Tribunal *a quo*, deniega tal pretensión con los siguientes argumentos:

«Que si bien es cierto que el artículo 350 está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio; sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigorista y absoluta, cuando las relaciones de vecindad, principalmente en los grandes núcleos de población, exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados; de aquí que tanto en razón de ello, como por las relaciones de vecindad, de las cuales es claro exponente el artículo 569 del Código Civil, las que han de tender a suavizarse, la interpretación del precepto, sin merma de los derechos dominicales, pero sin exagerados proteccionismos, sobre todo en los casos de inmisión, cuando, como consecuencia de ella, no se hayan derivado perjuicios, como en el caso que se examina acaece, en el que toda la limitación del derecho de uso del subsuelo del actor, se ha reducido a la permanencia en su interior de unos cables o anclajes inservibles utilizados para montar el muro-pantalla; sistema técnico empleado, que al no haber dejado otra secuela que la de la permanencia de los tales cables o anclajes, que no han originado perjuicios para el patrimonio del accionante en su edificio y pertenencias, antes bien, como el propio informe pericial corrobora, la realización de la obra ha sido correcta, supone un beneficio para el propio recurrido en el futuro, caso de pre-

tender realizar una nueva edificación, en cuyo caso pueden ser retirados tales elementos, sin grave quebranto económico para el mismo, en tanto su retirada por parte de los aquí recurrentes, impuesta por la sentencia impugnada, evidentemente ocasiona, aparte de posibles riesgos, tanto para el edificio antiguo como para el recientemente construido, unos cuantiosos gastos, cuya ejecución en modo alguno puede ampararse en el artículo 350 del Código Civil, cuando la realidad probada acredita que ningún perjuicio ha sufrido el actor como consecuencia de la inmisión, el que a la vista de su resultado no puede pretender la tutela del precepto, lo que supondría una aplicación del mismo amparadora de situación que traspasa considerablemente el interés protegible del dueño, con merma de las normales relaciones de vecindad y convivencia, circunstancia que obliga a la acogida del motivo cuarto del recurso, articulado con amparo procesal en el artículo 1.692, 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contiene la denuncia de la infracción por interpretación errónea del artículo 350 del Código Civil, dado que a la vista de lo antes razonado, tal precepto ha sido erróneamente apreciado en la instancia, haciéndolo objeto de una interpretación extensiva, que pugna abiertamente con el resultado ausente de todo perjuicio, que si revertiría sobre los recursos, de mantenerse la tesis impugnada, habida cuenta los riesgos y dispendios que la extracción de los inservibles cables o anclajes pudiera ocasionar, sin que sea óbice a ello la posibilidad de postular las oportunas indemnizaciones en su día, caso de producirse.»

Dejando a salvo estos límites generales al ejercicio de todo derecho subjetivo, como la propiedad, que lo es por antonomasia, se impone acto seguido que descendamos al régimen jurídico actual del subsuelo y el espacio superior al fundo, a fin de concretar los límites que legalmente le vienen impuestos al *dominus soli* en su utilización.

B) RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSUELO

La redacción del artículo 350 del Código Civil es clara al establecer límites a la propiedad del dueño del fundo sobre el subsuelo, remitiéndose a la legislación de minas y aguas. Los otros dos límites señalados junto a éstos, las servidumbres y los reglamentos de policía, en cambio, pueden producir también consecuencias jurídicas en relación al espacio superior al fundo.

La legislación en vigor sobre minas está constituida fundamentalmente por la Ley de Minas de 21 de julio de 1973 (44) y su Reglamento de 25 de agosto de 1978; la Ley sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 27 de junio de 1974 (45); la Ley de Fomento de la Minería de 4 de enero de 1977, que complementa en algunos puntos a la Ley de Minas, a su vez modificada por la Ley de 5 de noviembre de 1980.

Principia la Ley de Minas declarando en su artículo 2, 1, que «todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio y plataforma continental son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establezcan en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso» (46).

En orden a las sustancias y productos que pueden encontrarse en el subsuelo, establece la Ley de Minas tres secciones —A, B y C— (47), a las que ha de añadirse una cuarta —D— desgajada de la C tras la aprobación de la Ley mencionada de 1980, y una quinta —E— formada por aquellas sustancias que cuentan con una legislación propia, la de hidrocarburos (48).

Como criterio general puede señalarse que las minas son de dominio público (49), salvo las sustancias de la sección A, por su poca importancia o valor económico, y las aguas minero-industriales y minero-medicinales ya alumbradas —incluidas en la sección B— que pueden ser de propiedad privada (50). Finalmente, es preciso anotar que fuera del ámbito

(44) Sustituye a la de 19 de junio de 1944.

(45) Deroga a la hasta entonces en vigor de 26 de diciembre de 1958.

(46) Art. 2, 1.º

(47) Art. 3, 1.º, de la Ley de Minas. Los criterios para la determinación de las sustancias señaladas en la sección A fueron desarrollados por el Decreto de 17 de julio de 1975.

(48) Declara esta Ley en el artículo 2, 1.º: «Son patrimonio inalienable e imprescriptible de la nación los yacimientos existentes en territorio nacional y en el subsuelo del mar territorial y de los fondos marinos que estén sometidos, a efectos de su exploración, investigación y explotación a la soberanía, con arreglo a las leyes españolas y convenciones internacionales vigentes ratificadas por España. Dichos yacimientos son bienes de dominio público cuya exploración, investigación y explotación podrá asumir directamente el Estado o ceder en la forma y condiciones que las leyes establezcan».

(49) Sobre la cuestión, *vid.*, por todos, GUAITA: *Derecho administrativo: aguas, montes y minas*, Madrid, 1982, pág. 320. En el mismo autor y obra pueden verse los diferentes sistemas históricos sobre la propiedad de las minas, págs. 313 a 317. Interesante en el repaso de los mismos, recogiendo las adhesiones doctrinales y los argumentos esgrimidos en pro y en contra, es la obra de PUYELO: *Derecho minero*, Madrid, 1954, págs. 9 a 24.

(50) Un estudio particularizado sobre la naturaleza jurídica de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, integrados en las secciones A, B y C, según las personas a quienes pertenecen, puede verse en LUCAS FERNÁNDEZ: «La nueva

de la Ley de Minas queda la extracción ocasional y de escasa importancia de recursos minerales, cualquiera que sea su clasificación, siempre que se lleve a cabo por el propietario del terreno para su uso exclusivo y no exija la aplicación de técnica minera alguna (51).

Otra sustancia o elemento sobre la que el propietario del fundo sufre una notable limitación por razones de interés público son las aguas subterráneas. La Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 ha introducido importantes novedades en su régimen jurídico respecto a su predecesora, la centenaria de 13 de junio de 1879, y la regulación del Código Civil (artículos 417 a 419). Precisamente la más significativa es su inclusión entre los bienes de dominio público, «desapareciendo el derecho a apropiársela que concedía la Ley de 1879 a quien las alumbrase» (52). Declara el artículo 2 de la nueva Ley el dominio público hidráulico de las aguas continentales subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación, y de los acuíferos subterráneos a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos (53).

En la legislación derogada (54), las aguas subterráneas pertenecían al propietario que las alumbrara (55) o a quien lo hiciera (56) con autorización de aquél (57) o de la Administración Pública si se encontraban situadas en terrenos de dominio público (58). Con la nueva normativa, el derecho al uso privativo de las subterráneas se adquiere por disposición legal o concesión administrativa (59), gozando de preferencia para el otorgamiento de la autorización, dentro del mismo orden de prelación al que se refiere el artículo 58, los propietarios afectados por las peticiones de investigación de aguas subterráneas (60).

Por último, es de tener en cuenta asimismo en el régimen jurídico del subsuelo la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio

propiedad minera», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*. II. Madrid, 1976, págs. 173 y sigs.

(51) *Id.* GUAITA, *op. cit.*, pág. 325.

(52) Preámbulo de la Ley de Aguas de 1985.

(53) Quedan excluidas de esta regulación jurídica las aguas minero-industriales y minero-medicinales, cuyo régimen se encuentra en los artículos 23 a 30 de la vigente Ley de Minas.

(54) La disposición derogatoria primera de la Ley deroga los artículos 407 a 425 del Código Civil en todo lo que se oponga a lo establecido en ella. En lo que afecta a las aguas subterráneas, la oposición es clara respecto a lo establecido en los artículos 417, 1.º, y 418 del mencionado Código.

(55) Art. 18 de la Ley de Aguas de 1879.

(56) Art. 418 del Código Civil.

(57) Art. 417, 1.º, del Código Civil.

(58) Art. 417, 2.º, del Código Civil y 21 de la Ley de Aguas de 1879.

(59) Art. 50, 1.º, de la Ley de Aguas de 1985.

(60) Art. 65 de la Ley de Aguas de 1985.

de 1985 (61). Según dispone su artículo 1, 2, los yacimientos y zonas arqueológicas que tengan valor artístico, histórico o antropológico se consideran integrantes del Patrimonio Histórico Español, quedando afectados al dominio público «todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierras u obras de cualquier índole o por azar» (62).

C) RÉGIMEN JURÍDICO DEL ESPACIO SUPERIOR AL FUNDO

Si entendemos con JERÓNIMO GONZÁLEZ que el término superficie empleado por el artículo 350 del Código Civil no tiene su fundamento etimológico en *super faciem* (sobre la faz de la tierra), sino más bien en *super facere* (lo que se eleva o construye sobre el suelo) (63), el límite a la ocupación del espacio superior por el propietario vendrá determinado principalmente por la normativa urbanística (64), consecuencia derivada de la actuación de los planes de ordenación urbana (65).

Referencia aparte merecen las inmisiones que el propietario ha de soportar en el espacio superior a su fundo como consecuencia de la navegación aérea. El espacio aéreo, en general, situado sobre el territorio español y su mar territorial, según declara la Ley de Navegación Aérea de 20 de julio de 1960, está sujeto a la soberanía del Estado español (artículo 1). Ante todo, hay que indicar que soberanía no es sinónimo de

(61) Hasta la promulgación de la mencionada Ley, esta materia se encontraba básicamente regulada por las Leyes de 7 de junio de 1911 y de 10 de diciembre de 1931, sobre tesoros artísticos, y de 13 de mayo de 1933, sobre el Patrimonio Histórico-Artístico Nacional.

(62) Art. 44 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, el cual dispone que «en ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil».

(63) GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 12.

(64) Con anterioridad a la legislación propiamente urbanística, el Reglamento de Higiene Pública de 1910 abordó la limitación de altura en las construcciones, a fin de atender a la ventilación y soleamiento de las viviendas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1962 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), atendiendo a los límites impuestos a la facultad dominical de construir por un Reglamento de Sanidad, Higiene Municipal y Ordenanza de Construcción de edificios dictada por un Ayuntamiento, entendió que se trataba de un reglamento de policía urbana y, por tanto, idóneo para limitar el ejercicio de la propiedad en cuanto perteneciente a la categoría de los reglamentos de policía a que se refiere el artículo 350 del Código Civil.

(65) El Decreto de 9 de abril de 1976, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, enuncia, en su carácter escalonado, los diferentes planes de ordenación mediante el que se desarrollará el planeamiento urbanístico del territorio nacional. Estos distintos planes, según el artículo 6 de la mencionada Ley, son: Plan Nacional de Ordenación; Planes Directores Territoriales de Coordinación; Planes Generales Municipales y Normas Complementarias. Subsidiarias del Planeamiento; Planes Parciales; Planes Especiales; Programas de Actuación Urbanística, y Estudios de Detalle.

propiedad, por lo que una y otra pueden coexistir, si bien esta última ha de quedar supeditada a la primera, en cuanto se trata de una potestad pública que le permite regular su utilización por el interés general que presenta el espacio aéreo (66). En virtud de esto, la citada Ley de Navegación Aérea, en su artículo 2, consagra el principio de libertad de navegación aérea, quedando obligados los dueños de los bienes subyacentes a soportarla «con derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que ésta les cause» (art. 4).

III. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ESPACIO SUPERIOR AL FUNDO Y DEL SUBSUELO

A) NATURALEZA JURÍDICA DEL ESPACIO SUPERIOR AL FUNDO

Tuvo amplio eco en la doctrina italiana y alemana el intercambio de opiniones divergentes sobre si considerar o no objeto de derechos el espacio superior al fundo. La polémica alcanza y toma como punto de referencia el Derecho romano en la interpretación de diversos pasajes del *Digesto* (67). BONFANTE defendió la existencia para los romanos de un derecho de propiedad sobre el espacio aéreo (68); en contra se expresaron GESTERDING, VOIGT y WEREMBERG, distinguiendo el primero a dicho fin entre el aire, que para los romanos era una *res communis omnium*, y el espacio aéreo donde se encuentra el aire, que no es una *res* en sentido jurídico y, por tanto, no puede darse sobre él el derecho de propiedad. Esta última posición fue seguida en Italia por PAMPALONI y GABBA (69).

Los diferentes posicionamientos han proyectado sus conclusiones en el Derecho moderno, donde también se han pronunciado unos autores a favor (70) y otros en contra (71). La doctrina mayoritaria, cada día

(66) Vid. BARASSI: *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pág. 600.

(67) D. 11,8,2,1; 19,43,24,21,2; 2,43,24,22,4; 18,9,2,29,1. Sobre la polémica, vid. BONFANTE, *op. cit.*, págs. 261 a 266.

(68) *Ibidem*, pág. 264. Siguiendo a éste, se manifiesta de la misma opinión BESTA, *op. cit.*, pág. 98.

(69) Una síntesis de estas posiciones y su evolución gradual son expuestas por GABBA, *op. cit.*, págs. 176 y 177.

(70) En la doctrina francesa, v.gr., DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon*, IX, París, 1881, págs. 561 a 563; AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, II, París, 1869, pág. 180; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de Droit civil*, I, París, 1922, página 683; PLANIOL y RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, III, traducción española de DÍAZ CRUZ, La Habana, 1946, pág. 226. En la doctrina italiana, v.gr., DE MARTINO, *op. cit.*, págs. 160 a 162.

(71) En la doctrina francesa, v.gr. MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, pág. 125; MARTY, J. P.: *La dissociation juridique de l'inmeuble*, París, 1979, pág. 85. En la

más discutida, no reconoce jurídicamente naturaleza objetiva al espacio superior al fundo; para ello se sigue distinguiendo entre el aire y el espacio aéreo. El aire no puede ser objeto del derecho mientras esté libre en la atmósfera, por tratarse de una *res communis omnium* y existir en cantidad superior a la necesidad del hombre (72); al faltarle la posibilidad de gestión económica, está ausente igualmente la gestión jurídica (73). Pero lo realmente importante es el espacio aéreo, sobre el que la posición negativa ha dicho que tampoco goza de la cualidad de objeto del derecho (74); como el tiempo y el valor, el espacio aun siendo útil al hombre, no es más que un concepto de relación (75). La referida propiedad del espacio no significa que se tiene derecho a disponer del mismo, sino a disponer en el espacio excluyendo a toda otra persona ajena (76); más que un *jus in re* eficaz y pleno, existe un *ius ad rem* (77) que concede la titularidad fundiaria.

«Lo que da utilidad —nos dice BIONDI— no es el espacio de por sí, sino la posibilidad jurídica de ejercitar el derecho de propiedad sobre el suelo, que se manifiesta mediante plantaciones y construcciones efectuadas directamente por el mismo propietario o bien con la atribución a los demás de efectuarlas... A medida que el ejercicio del derecho de propiedad se concreta en alguna cosa material (construcción, plantación), el

doctrina italiana, v.gr., BARASSI, *op. cit.*, págs. 591 a 595; DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, I, trad. esp. de SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJEIRO, Madrid, sin fecha, pág. 538; ROTONDI, *op. cit.*, pág. 243; BARBERO: *Sistema de Derecho privado*, II, trad. esp. de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1967, pág. 241; ALLARA: *Le nozioni fondamentali del Diritto civile*, I, Torino, 1958, pág. 283, y *Dei beni*, Milano, 1984, págs. 38 y 39.

(72) BONFANTE, aun admitiendo para el aire el concepto de *res communis omnium*, y, por consiguiente, no susceptible de propiedad privada, matiza que «esto se refiere al aire como sustancia, y también como sustancia la imposibilidad ha cesado el día que se ha presentado posible y ha sido admitida la apropiación por partes». *Op. cit.*, pág. 264.

(73) Vid. BARASSI, *op. cit.*, pág. 592; BARBERO, *op. cit.*, pág. 241.

(74) DE MARTINO, desde la posición afirmativa, entiende infundada la opinión de no considerar cosa al espacio aéreo, «porque la noción de cosa en sentido jurídico, no depende de la cosa en sentido naturalístico». *Op. cit.*, pág. 160. Con similares razones argumentaba BONFANTE que «el concepto de cosa es un concepto social, y el aire o el espacio, elementos en la conciencia social inescindibles, son cosas y tales son considerados por los romanos». *Op. cit.*, pág. 264.

(75) Para BARBERO, el espacio atmosférico, a diferencia del subsuelo, no tiene verdadera homogeneidad con el suelo. *Op. cit.*, pág. 241.

(76) Vid. BARASSI, *op. cit.*, pág. 594. Este autor, al responder a BONFANTE, admite como cierta su afirmación que la cosa jurídicamente es una categoría social, pero considera que no se debe en nombre de la conciencia social violar la lógica conceptual y real. *Op. cit.*, pág. 595.

(77) Vid. TORRES LANA: *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Pamplona, 1975, pág. 45.

espacio desaparece. Esto demuestra que el espacio no es cosa, ya que desaparece sin destrucción alguna ni de hecho ni jurídica» (78).

Efectivamente, los derechos reales de superficie y vuelo, regulados fuera del Código Civil (79), no suponen ni la enajenación ni la constitución de un derecho que tiene por objeto el espacio. Más bien tienen por objeto el suelo sobre el que recaen (80) con la facultad de ocupar el espacio superior mediante construcciones o plantaciones, que una vez realizadas adquiere el superficiario por el tiempo de duración del derecho.

En conclusión, podemos decir que domina en la doctrina la posición, compartida en línea de principio general, que entiende que: 1. El espacio aéreo en sí mismo considerado no es cosa (81). 2. Tampoco es parte integrante del inmueble por naturaleza o fundo (82), esto es, que el objeto de la propiedad inmueble no estaría constituido por un tercer elemento más, el espacio superior, que conjuntamente con el suelo y el subsuelo lo conformarían (83).

(78) BIONDI: *Los bienes*, trad. esp. de MARTÍNEZ-RADÍO, Barcelona, 1961, página 75.

(79) Para el derecho real de superficie urbana, arts. 16, 1.º, del Reglamento Hipotecario, redactado conforme al Decreto de 17 de marzo de 1959, y 171 a 174 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976. Para el derecho real de superficie rústica, art. 3, 3.º, de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 11 de noviembre de 1980. Para el derecho real de vuelo, arts. 9, 1.º, de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941; 56 a 59 del Reglamento que la desarrolla de 30 de mayo de 1941; 11, 5.º, de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957; 30, 3.º, del Reglamento Hipotecario, redactado conforme al Decreto de 17 de marzo de 1959, y 287 a 295 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962.

(80) Es preciso observar que cuando se trata del derecho real de vuelo, la normativa que lo regula permite deducir que éste contempla también la constitución de una propiedad separada sobre una plantación ya existente con independencia del suelo donde arraiga. A un análisis de la cuestión dedico una parte del tercer capítulo de mi tesis doctoral, titulada *La plantación como objeto del Derecho*, leída en 1987 en la Universidad de Granada.

(81) Vid. MONTES PENEDÉS: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigido por ALBALADEJO, V, 1.º, Jaén, 1980, pág. 180.

(82) Era habitual en la doctrina clásica francesa considerar al espacio aéreo como elemento constitutivo y parte integrante del suelo. Cfr. DEMOLOMBE, *op. cit.*, páginas 561 y 562.

(83) Vid. ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 199. VALVERDE, que tampoco considera al espacio aéreo una cosa en el sentido del Derecho y, por tanto, no susceptible de apropiación particular, desarrolla una teoría propia basada en que «no hay manera de tomar posesión del espacio, y falta, por tanto, un elemento preciso para la existencia del derecho de posesión; de lo cual se infiere que si el propietario pudiera decirse que lo era del espacio hasta el cielo, no estaría en posesión de él ni podría llamarse poseedor del mismo al faltarle, según hemos dicho, el *corpus*». *Op. cit.*, pág. 76. Este planteamiento es seguido por BORRELL Y SOLER: *Derecho civil español*, II, Barcelona, 1955, pág. 77. CASTÁN ha criticado la teoría de VALVERDE, indicando que no resuelve la cuestión. *Op. cit.*, pág. 151. LACRUZ BERDEJO ha mantenido la posición contraria, pues entiende que «la posibilidad de utilización exclusiva del espacio situado sobre el suelo de la finca es... expresión del derecho de propiedad que el titular tiene sobre dicho espacio». El mismo autor matiza a con-

No obstante, el debate, a pesar de su larga trayectoria, vuelve a adquirir actualidad con la legislación urbanística. Parece imponerse, como consecuencia de la necesidad de adaptación del Derecho a las nuevas situaciones sociales y económicas en profundo cambio, la revisión de la teoría negativa, por lo menos en la absolutividad de sus conclusiones. En este sentido despunta SAVATIER, quien abandonando la discusión en abstracto, lo conecta a las muchas posibilidades que para el Derecho representa la utilización de nuevas técnicas en la individualización del espacio existente sobre un fundo, a los efectos de su configuración como objeto del Derecho. Aboga el autor francés, en un meritorio artículo, por la posibilidad «de tratar el espacio como una clase de cosa susceptible de ser apropiado y vendido 'por cubos', siendo individualizado sobre una figura de geometría acotada o descriptiva establecida a partir del suelo. Esta individualización del espacio permitiría así asimilarla a un cuerpo cierto» (84). En un segundo artículo, SAVATIER revela el anquilosamiento del Derecho, que moviéndose en una geometría plana confunde la finca con una superficie, sin saber aún expresarse en volúmenes (85).

Pero, como decíamos, el tema donde realmente ha tenido trascendencia jurídica ha sido en el Derecho urbanístico. Para COSTANTINO, en el Derecho italiano, refiriéndose a los contratos que transfieren derechos sobre planos o porciones de edificios aún no construidos, es posible adquirir sobre un volumen del espacio un derecho de propiedad verdadero y propio; por consiguiente, según el mismo autor, «el espacio, aun prescindiendo del suelo, puede ser objeto del derecho de propiedad» (86). En nuestro país, TORRES LANA, tras un profundo estudio del tema, llega a conclusiones parecidas en el Derecho urbanístico español. Considera al volumen de edificabilidad un «bien patrimonial de naturaleza pecu-

tinuación su exposición anterior: «El dueño del plano —sin espesor— que separa el suelo del subsuelo, es dueño también del espacio situado un centímetro o diez metros por encima de ese plano —con independencia de si está ocupado por aire o por una masa sólida o un fluido, o se ha hecho en él el vacío—, aunque no lo tenga ocupado por un árbol o recubierto por un tejado». *Elementos de Derecho civil*, III, 1.º, Barcelona, 1979, págs. 218 y 219.

(84) SAVATIER: «Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels», en *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 1958, páginas 8 y 9.

(85) *Vid.* SAVATIER: «La propiedad del espacio», en *RDU*, 1967, págs. 17 a 20. «Puesto que el derecho —nos continúa diciendo SAVATIER— es en sí mismo una técnica, ¿no debe, en este caso, experimentar y formular en el espacio utilizando metodológicamente, a estos efectos, las cifras y las figuras? Las cifras y las figuras son los medios clásicos de todas las técnicas modernas, y el Derecho mismo, aunque tardíamente, ha terminado por darse cuenta de las superficies inmobiliarias. Ahí se ha encontrado con un punto de partida necesario; ello ha permitido desenvolver un método. Después de siglo y medio, este método ha puesto a punto, progresivamente, para la propiedad concreta del suelo, una representación abstracta. Pero, asombrosamente, limitada a la geometría plana.» *Op. cit.*, pág. 1.

(86) COSTANTINO, *op. cit.*, págs. 171 y 172.

liar», y en tal sentido parte de la finca y susceptible de titularidad real, pudiendo ser transmitido o adquirido con independencia del suelo en aquellas situaciones concretas y particulares que reconozca el Plan de Ordenación (87). Por su parte, DÍEZ PICAZO lo expresa de la siguiente manera: «Por regla general, el volumen de edificabilidad constituye una unidad con el suelo, del que se considera parte integrante e ideal prolongación. No es, pues, un objeto jurídico distinto, sino el mismo objeto jurídico. En ocasiones, sin embargo, la unidad del objeto jurídico se rompe y cabe configurar como dos objetos diferentes el suelo y el espacio aéreo inmediato al suelo hasta el volumen de edificación o bien el suelo con una parte de ese espacio, quedando la otra separada» (88).

Ahora bien, ¿qué diferencia existe entre el volumen edificable y el espacio? La relación es de especie a género. El volumen de edificabilidad es una categoría urbanística referida al espacio inmediato al fondo urbano, expresado en unidades volumétricas, que el Plan de Ordenación establece y acota. Las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan, *a grosso modo*, son: 1. La cantidad de espacio que puede utilizarse y ocuparse. 2. La vinculación de la propiedad por la eficacia normativa del Plan, que sustrae al propietario la facultad de ocuparlo o no e incluso la decisión sobre el destino que ha de recibir. Podemos, pues, decir con TORRES LANA que «todo volumen de edificabilidad es espacio, pero no todo espacio es volumen de edificabilidad» (89). Se trata de una manifestación más de la diversificación de los regímenes jurídicos de la propiedad, que afectan decisivamente a la configuración jurídica del espacio en atención a la calificación jurídica que reciba el fondo, esto es, que sea una propiedad urbana o rústica.

Si el volumen de edificabilidad sólo se presenta en aquellos terrenos que hayan obtenido por el Plan la calificación jurídica de urbanos, es obvio que para los demás sigue pendiente la vieja cuestión de la naturaleza objetiva del espacio superior al fondo. Al faltar en ellos el acotamiento tridimensional (su dimensión queda reducida al largo y al ancho), ¿se puede considerar al espacio superior al fondo objeto de derechos? ¿Cabe en la propiedad rústica, a diferencia de la urbana, constituir derechos sobre planos del espacio o sobre cierto volumen del mismo sepa-

(87) Vid. TORRES LANA, *op. cit.*, págs. 371 a 379.

(88) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, páginas 162 y 163. Para SOTO BISOQUERT tampoco cabe duda al respecto, pues lo que él denomina derecho de vuelo sería «la propiedad del espacio aéreo de una finca con construcción existente o proyectada, perteneciente, en parte, al menos, a distinto titular y en régimen especial de propiedad horizontal». En base a esto sostiene la negociabilidad del espacio aéreo de los inmuebles, que el autor distingue en base a una serie de precisiones del derecho de superficie. «El derecho de vuelo», *RCDI*, 1971, págs. 927 y sigs.

(89) TORRES LANA, *op. cit.*, págs. 112 a 114.

rado del suelo? En tales supuestos no es posible, en el estado actual de la legislación, hablar de cosificación del espacio. La solución ha de recabarse del Código Civil, entendiendo con la doctrina mayoritaria que el espacio no reúne los requisitos para ser considerado ni cosa ni parte integrante del fundo. El artículo 350 del Código Civil así lo avala al no referirse al espacio como objeto de propiedad perteneciente al dueño del suelo (90), concediendo a éste sólo la facultad para utilizarlo con los límites que allí se establecen.

B) NATURALEZA JURÍDICA DEL SUBSUELO

La doctrina dominante considera al subsuelo cosa y, por tanto, objeto de propiedad perteneciente al dueño del suelo; así ha dicho ALBALADEJO que «sí, es parte de la finca bajo cuyo suelo está, y, por tanto, objeto de la propiedad que recae sobre aquélla» (91). A esta solución se puede llegar con el concurso de la letra del artículo 350 del Código Civil. Este, a diferencia del silencio guardado sobre el espacio superior al fundo, respecto al subsuelo, explícitamente declara: «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella». Es preciso aclarar que se trata de una presunción *iuris tantum* a favor del dueño de la superficie, como veremos en el siguiente epígrafe.

Según MONTES PENEDÉS, «no se debería hablar de subsuelo sino respecto de la parte que se encuentra más allá de la susceptibilidad de utilización por parte del propietario (92). Si toda construcción, plantación o siembra se yerguen en el espacio ocupándolo, y hunden sus cimientos y raíces en el subsuelo, no cabe duda que el aprovechamiento económico del suelo requiere la utilización de aquellas capas inferiores más próximas al suelo (93), como sucedería con las capas superiores más inmediatas.

(90) El artículo 350 del Código Civil dice que «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella...». La diferencia es notable con sus correlativos en el *Code* francés (art. 552) y *Codice* italiano de 1865 (art. 440), que refieren expresamente el espacio superior al fundo para considerarlo propiedad del *dominus soli*. La distinta redacción de nuestro Código ya se hizo en los proyectos de Código Civil de 1851 (art. 394) y de 1882 (art. 394). No obstante, el artífice del proyecto de 1851, GARCÍA GOYENA, al comentar el mencionado artículo 394, afirmaba que «la propiedad sería imperfecta... si no fuera dueño de todo el espacio que se cierra en ella». *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, I, Zaragoza, 1979, pág. 209.

(91) ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 201.

(92) MONTES PENEDÉS, *op. cit.*, pág. 182.

(93) El Decreto-ley de Minería de 29 de abril de 1868, en su artículo 5, definía el suelo y el subsuelo de la siguiente manera: «El suelo, que comprende la superficie propiamente dicha y, además, el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentación, ya con otro objeto cualquiera distinto del de la minería. El subsuelo, que se extiende indefinidamente

Pero aparte de esta necesidad del subsuelo para estos fines, puede tener otras utilidades para el propietario sin necesidad de ocupar el espacio superior; éstos pueden ser los casos de sótanos, galerías subterráneas, refugios, bodegas, etc. Más allá de estas posibles ocupaciones entendemos que reclama MONTES PENEDÉS, tal como advertíamos, el concepto de subsuelo, para preguntarse a continuación por su naturaleza jurídica. Excluye que sea una *res communis*, que tenga naturaleza demanial o que puede entenderse como *res nullius* (94), para concluir que «se encuentra sometido al señorío del propietario, pero este señorío se halle condicionado a la existencia de un interés actual, fuera del cual deberían considerarse formando parte del Patrimonio del Estado, cuya pertenencia sea susceptible de utilización por parte del propietario» (95).

A todo lo dicho se excepciona, según indicábamos más arriba (96), las sustancias físicas, líquidas y gaseosas con importancia económica y social suficiente, susceptibles de explotación y apropiación, que se encuentran formando parte del subsuelo. En definitiva, los minerales y las aguas subterráneas, que tienen la consideración de bienes de naturaleza demanial en todos los casos, es decir, tanto si son susceptibles de utilización por parte del propietario del suelo como si no lo son.

en profundidad desde donde el suelo termina». El artículo siguiente viene a señalar los efectos de la distinción: «El subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado».

(94) En nuestro Derecho, VALVERDE Y VALVERDE ha mantenido la teoría de la *res nullius* para estas capas profundas del subsuelo. *Op. cit.*, pág. 77. La teoría de la *res nullius* no creemos que pueda mantenerse desde que entró en vigor, y mientras continúe estándolo, el artículo 21, 1.º, de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 (y art. 51, 1.º, del Reglamento que la desarrolla de 5 de noviembre del mismo año), que atribuye al Estado «los inmuebles que estén vacantes y sin dueño conocido», pues está fuera de toda duda la naturaleza de inmueble por naturaleza del subsuelo. Con anterioridad a la promulgación de la citada Ley del Patrimonio del Estado, la atribución al subsuelo del carácter de *res nullius* respondía a la reticencia de algún sector de la doctrina en admitir la propiedad del Estado, máxime cuando no existía unanimidad sobre la vigencia de la Ley de Mostrencos de 1835, que igualmente atribuía al Estado todos los inmuebles vacantes, ya fueran *res nullius* o *res derelictae*. En la doctrina italiana, ALLARA, por su parte, habla de una estratificación jurídica del subsuelo, debiéndose distinguir tres estratos: a) un primer estrato como cosa en patrimonio; b) un segundo, como inmueble vacante con la inmediata y automática adquisición por el patrimonio del Estado, y c) un tercero, como *res communis omnium*. *Dei beni*, *op. cit.*, página 61.

(95) MONTES PENEDÉS, *op. cit.*, pág. 182.

(96) *Vid. supra*, págs. 8 y 9.

C) CONSECUENCIA QUE SE DERIVA DE LA NATURALEZA JURÍDICA
DEL ESPACIO SUPERIOR AL FUNDO Y DEL SUBSUELO:
LA DISOCIACIÓN JURÍDICA DEL DOMINIO

Porque el espacio superior al fondo no goza de la naturaleza jurídica de cosa, admitimos como criterio general la imposibilidad de poderse disociar del suelo, advirtiendo, como hacíamos más arriba (97), el carácter discutido en lo referente a la propiedad urbana, donde las líneas del desarrollo legislativo y su actual regulación parecen encaminadas al reconocimiento de su cosificación, si bien con particularidades propias.

Por el contrario, la apreciación es otra muy diferente para el subsuelo. Ante todo, a diferencia del espacio aéreo, su naturaleza material permite configurarlo como inmueble, según se deduce del artículo 334, 1, del Código Civil, y especialmente para las minas y aguas, por lo dispuesto en el número 8 del mismo precepto (98).

La ley admite, respecto a los yacimientos mineros y aguas subterráneas, el criterio de considerarlos bienes autónomos, distintos del terreno que conforma el suelo y el subsuelo que lo recubre. La disociación entonces es creada por la misma ley, otorgándole el carácter de bien de dominio público distinto al que pudiera existir de dominio privado en un plano superior o inferior, o incluso en el mismo plano hasta donde alcance la veta o la ocupación de las aguas, siempre, claro está, que en dicha profundidad exista el interés legítimo del propietario. El efecto no se puede ocultar: hay dos propiedades diferentes sólo disociadas o separadas jurídicamente por razón de la naturaleza de los bienes (99). Es el legislador, obviamente, quien suministra para los yacimientos y aguas subterráneas el ejemplo de inmuebles distintos y superpuestos, lo cual no deja de crear problemas de interpretación sobre el alcance de tal medida.

Así se podría alegar el carácter excepcional del supuesto, taxativamente previsto en la ley para los bienes de la naturaleza reseñada en ella, fuera de los cuales es imposible o está prohibido disociar el suelo

(97) *Vid. supra*, págs. 10 a 12.

(98) *Vid. Díez-PICAZO, op. últ. cit.*, págs. 158 a 160. Recogiendo la exposición de este autor, *vid. también REVERTE NAVARRO: Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, V, 2.º, dirigido por ALBALADEJO, Madrid, 1985, pág. 673.

(99) Con referencia a los yacimientos mineros, ALCÁNTARA SAMPELAYO, al comentar el proyecto de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944, la cual estuvo en vigor hasta 1973, advertía de «la separación conceptual de suelo y subsuelo, que aunque no es objeto de declaración especial late en todo el proyecto». «El proyecto de la nueva Ley de Minas», en *RDP*, 1944, pág. 529. GUIMERÁ PERAZA, por su parte, al plantearse a la luz de la Ley de Minas citada la extensión vertical del dominio cifrada en el artículo 350 del Código Civil, se preguntaba por el sistema legal español en esta materia, para responder que «estamos ante la división del dominio de una finca en tres grandes y paralelos grupos: el subsuelo, el suelo y el vuelo. Lo que da lugar a una verdadera propiedad horizontal o por capas». «El derecho de subsuelo (aguas subterráneas)», en *ADC*, 1961, pág. 131.

del subsuelo o, si se prefiere, estratificar el subsuelo. En otras palabras, la disociación aquí, por ser una creación de la ley, es una ficción legal demandada por el interés público y, por tanto, sólo puede residir en la técnica legal, debiendo ser negada la posibilidad de su creación por un acto voluntario de los particulares u otro medio de adquisición de la propiedad reconocido por el Derecho (por ejemplo, la usucapión), en cuanto atenta a la unidad del inmueble (100).

Corrigiendo aquello que ha sufrido modificación por leyes posteriores, particularmente la consideración de dominio público que reciben las aguas subterráneas tras la nueva Ley de Aguas de 1985, señala LACRUZ BERDEJO la ilimitada extensión de la propiedad al subsuelo, «hasta donde llega la posibilidad de extraer una ventaja cualquiera, y salvo que entre en colisión con la propiedad del Estado o de otro particular: lo primero se produce en cuanto a las minas, y lo segundo en cuanto a las aguas subterráneas que discurriendo por el subsuelo de un fundo han sido captadas por el dueño de otro o por un concesionario» (101). Luego excepciones, para LACRUZ BERDEJO, es lo que parece desprenderse de una lectura simple del texto transcrito. En DÍEZ-PICAZO también parece pesar este criterio de excepción, aunque su explicación del fenómeno tiene otras connotaciones y, sobre todo, nos resulta útil y acertadísima la distinción que expone respecto al subsuelo, incardinado en el alcance que actualmente hay que otorgarle al artículo 350 del Código Civil: «el subsuelo es en unos casos pura prolongación del suelo, mientras que en otros es un objeto jurídico, autónomo e independiente» (102).

En nuestra opinión, la posibilidad de autonomía e independencia de una porción de subsuelo no queda reducida a los yacimientos mineros y aguas subterráneas, cuya fuente de creación *ex profeso* es la ley. GUIMERÁ PERAZA, que entiende más correcto construir estas situaciones de disociación jurídica a través del instituto de la servidumbre voluntaria, no tiene más remedio que reconocer, sin embargo, «que no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho del subsuelo se configure como una desmembración de una finca entre el suelo y el subsuelo, atribuyendo la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro» (103). Así también lo ha entendido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de abril de 1930, donde se aprecia la existencia de una propiedad distinta, consistente en un sótano, en parte del subsuelo de

(100) Ya lo ha hecho notar con buen criterio MARTY, J. R., al decir que la unidad del inmueble no parece fundarse en su extensión horizontal, sino más bien en su extensión vertical. *Op. cit.*, pág. 6.

(101) LACRUZ BERDEJO, *op. últ. cit.*, págs. 219 y 220.

(102) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 160.

(103) GUIMERÁ PERAZA, *op. cit.*, pág. 134.

una finca construida, negando, por consiguiente, la existencia de comunidad y la aplicación del retracto de comuneros.

Conviene, por dicha razón, conjugar el principio del artículo 350 del Código Civil, depurado de su concepción hiperbólica, con el respeto a la regulación legal de la propiedad minera y de las aguas subterráneas que el mismo precepto reconoce, así como a los derechos de propiedad adquiridos sobre el subsuelo o porciones del subsuelo por un sujeto distinto al dueño del suelo, al margen completamente de la explotación de minas y aguas. Efectivamente, nada prohíbe constituir distintas propiedades superpuestas en el subsuelo de una finca, pues el artículo 350 del Código Civil sólo establece una presunción *iuris tantum* en favor del propietario del suelo, según se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986 (104).

Para concluir, merece la pena que transcribamos por su claridad parte de un considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1958. Aun cuando el argumento que nos suministra el mencionado considerando ha de ser considerado en relación al fallo como de *obiter dicta*, se justifica la propiedad sobre el suelo y el subsuelo distintamente en cuanto objetos diferenciados jurídicamente, porque «aparecerán siempre como una unidad de dominación total y completamente independiente, con potestad de disposición exclusiva, sin que pueda pensarse en modo alguno que exista copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición, pues pueden darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de los suelos, cuando estas propiedades están en manos distintas» (105).

NICOLÁS PÉREZ CÁNOVAS
Profesor titular de Derecho civil en la
Facultad de Derecho de la Universidad
de Granada

(104) Esto ha sido comúnmente admitido en relación al artículo 840 del Código Civil italiano, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. *Vid.* LEVY, *op. cit.*, pág. 14.

(105) Un estudio de esta sentencia ha sido realizado por GUIMERÁ PERAZA, *op. cit.*, págs. 132 a 134.

the \mathbb{R}^n is the n -dimensional volume of the region R in \mathbb{R}^n bounded by S .

Let $\mathbf{r}(t)$ be a vector function that traces out the curve C in the direction of increasing t . Then

$$\mathbf{r}'(t) = \frac{d\mathbf{r}}{dt} = \frac{dx}{dt}\mathbf{i} + \frac{dy}{dt}\mathbf{j} + \frac{dz}{dt}\mathbf{k} \quad (1)$$

is a tangent vector to C at the point $\mathbf{r}(t)$. The magnitude of $\mathbf{r}'(t)$ is the speed of the particle moving along C at the point $\mathbf{r}(t)$.

Let $\mathbf{r}(t_1)$ and $\mathbf{r}(t_2)$ be the position vectors of the particle at the times t_1 and t_2 , respectively. Then the displacement vector of the particle is

$$\mathbf{r}(t_2) - \mathbf{r}(t_1) = \int_{t_1}^{t_2} \mathbf{r}'(t) dt \quad (2)$$

and the distance traveled by the particle is the arc length of the curve C between the points $\mathbf{r}(t_1)$ and $\mathbf{r}(t_2)$.

Let s be the arc length of the curve C from the point $\mathbf{r}(t_1)$ to the point $\mathbf{r}(t)$. Then

$$s = \int_{t_1}^t |\mathbf{r}'(t)| dt \quad (3)$$

and the position vector of the particle at the time t is

$$\mathbf{r}(t) = \mathbf{r}(t_1) + \int_{t_1}^t \mathbf{r}'(t) dt \quad (4)$$

Let $\mathbf{r}(t)$ be the position vector of the particle at the time t . Then the velocity vector of the particle is

$$\mathbf{v}(t) = \frac{d\mathbf{r}}{dt} = \mathbf{r}'(t) \quad (5)$$

and the acceleration vector of the particle is

$$\mathbf{a}(t) = \frac{d\mathbf{v}}{dt} = \mathbf{r}''(t) \quad (6)$$

Let $\mathbf{v}(t)$ and $\mathbf{a}(t)$ be the velocity and acceleration vectors of the particle at the time t . Then

$$\mathbf{v}(t) = \frac{ds}{dt} \mathbf{t} \quad (7)$$

where \mathbf{t} is the unit tangent vector to the curve C at the point $\mathbf{r}(t)$. The magnitude of $\mathbf{v}(t)$ is the speed of the particle moving along C at the point $\mathbf{r}(t)$.

Let $\mathbf{a}(t)$ be the acceleration vector of the particle at the time t . Then

$$\mathbf{a}(t) = \frac{d\mathbf{v}}{dt} = \frac{d}{dt} \left(\frac{ds}{dt} \mathbf{t} \right) = \frac{d^2s}{dt^2} \mathbf{t} + \frac{ds}{dt} \frac{d\mathbf{t}}{dt} \quad (8)$$

where $\frac{d\mathbf{t}}{dt}$ is the derivative of the unit tangent vector \mathbf{t} with respect to t . The magnitude of $\mathbf{a}(t)$ is the magnitude of the acceleration of the particle moving along C at the point $\mathbf{r}(t)$.

Let $\mathbf{a}(t)$ be the acceleration vector of the particle at the time t . Then

$$\mathbf{a}(t) = \frac{d^2s}{dt^2} \mathbf{t} + \frac{ds}{dt} \frac{d\mathbf{t}}{dt} \quad (9)$$

where $\frac{d\mathbf{t}}{dt}$ is the derivative of the unit tangent vector \mathbf{t} with respect to t . The magnitude of $\mathbf{a}(t)$ is the magnitude of the acceleration of the particle moving along C at the point $\mathbf{r}(t)$.

Let $\mathbf{a}(t)$ be the acceleration vector of the particle at the time t . Then

$$\mathbf{a}(t) = \frac{d^2s}{dt^2} \mathbf{t} + \frac{ds}{dt} \frac{d\mathbf{t}}{dt} \quad (10)$$

La reforma de la legislación de Sociedades Mercantiles

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. LA REFORMA DEL REGIMEN DE SOCIEDADES ANONIMAS: A) Concepto y naturaleza jurídica. B) Constitución. C) Fundación de la sociedad. D) Acciones. E) Modificación de Estatutos: aumento y reducción de capital. F) Transformación, fusión y escisión. Disolución y liquidación. G) La Junta general y los administradores. H) Nulidad de la sociedad. I) La contabilidad de los empresarios.—II. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: A) Concepto y naturaleza. B) Constitución. C) Régimen de las participaciones sociales. D) Organos de la sociedad. E) Alteración de la escritura fundacional: aumento y reducción del capital. F) Transformación, fusión y escisión. G) Cuentas anuales. H) Disolución y liquidación.—III. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES COMANDITARIAS POR ACCIONES.—IV. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS LABORALES.—V. NORMATIVA TRANSITORIA.—VI. DISPOSICION FINAL TERCERA.—VII. CONCLUSION: A) En cuanto a las sociedades anónimas. B) En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada. C) En cuanto a las sociedades comanditarias por acciones.

INTRODUCCION

El Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas ha impuesto la adaptación de nuestra legislación a la normativa comunitaria en numerosos campos, entre los que se encuentra el Derecho de sociedades. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades (cuyo análisis constituye el objeto del presente artículo) comienza precisamente con esta reflexión; no obstante, la reforma del Derecho español de sociedades era una necesidad sentida desde hacía largo tiempo. La regulación de las sociedades en el Código de Comercio se reveló inadecuada desde un principio, dado su carácter fragmentario y el hecho de estar inspirada en un criterio dispositivo; las Leyes de 1951 y 1953 supusieron un

claro avance, pero también han quedado desfasadas ante los cambios operados en la economía española desde su entrada en vigor. Los primeros intentos de modificación de la Ley de Sociedades Anónimas se remontan al año 1968, quedando interrumpidos al iniciar la Comisión General de Codificación la elaboración de un Anteproyecto de Ley General de Sociedades, que también fue abandonado en 1975. En 1979, la Comisión dio cima a un anteproyecto, que aun cuando no prosperó constituye un valioso antecedente del actual. La adhesión de España a las Comunidades Europeas obligó a un cierto cambio de objetivos, pasando la recepción del Derecho comunitario a ser la finalidad primordial de la reforma. Siendo esto así, la adecuada comprensión de ésta requerirá una breve referencia a aquél, que haremos a continuación, partiendo de la distinción entre el Derecho originario y el Derecho derivado:

a) Derecho originario. El traslado constitutivo de la CEE se refiere a las sociedades en su título III, relativo a la libre circulación de personas, servicios y capitales, donde, por una parte, se reconoce dicha libertad no sólo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas, y, por otra, se alude a la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros:

Art. 58: «Las sociedades constituidas de conformidad a la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la comunidad, quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

Art. 54, 3: «El Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: ... g) Coordinando en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, para proteger los intereses de socios y de terceros».

La armonización de las legislaciones constituye, con carácter general, una medida necesaria para el establecimiento de un mercado común [así: art. 3, apartado f), Tratado CEE], pero es especialmente necesaria en el ámbito de las sociedades mercantiles. La libertad de actuación de las sociedades en el ámbito de la CEE puede plantear problemas de

seguridad jurídica, al regirse éstas por su Ley nacional (arts. 9 y 11 del Código Civil y art. 15 del Código de Comercio en nuestro Derecho) y ser dicha Ley normalmente desconocida para el tercero que contrata con tales sociedades en un Estado distinto al de su constitución. Los problemas se plantean fundamentalmente en relación con los dos puntos siguientes: 1) Determinación de las personas que tienen facultades para obligar a la sociedad. 2) Régimen patrimonial de aquellas sociedades que limitan la responsabilidad de los socios. El acercamiento de las legislaciones en estos puntos resulta imprescindible para hacer efectivo el principio de libertad de establecimiento, manteniendo al mismo tiempo la seguridad en la contratación mercantil.

De lo dicho hasta aquí se deduce que la normativa comunitaria no pretende —por el momento— el establecimiento de un Estatuto jurídico único para la sociedad anónima europea, sino simplemente una armonización de legislaciones que haga equivalentes (ni siquiera idénticas) ciertas garantías establecidas para la protección de acreedores y terceros. Esto explica que las normas de Derecho derivado (con alguna excepción, como el Reglamento relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico) sean directivas, es decir, normas que, de acuerdo con el artículo 189 del Tratado CEE, obligan «... al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». Las directivas vinculan a los Estados y no a los individuos; la norma vinculante en España será la Ley que, en definitiva, aprueben las Cortes Generales; no obstante, entendemos que el estudio de aquéllas será fundamental para una adecuada comprensión de nuestro nuevo Derecho de sociedades, y, en todo caso, habrá de reconocérseles el valor de «antecedentes históricos o legislativos» que, de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, deben tenerse en cuenta en la aplicación de las normas.

b) En cuanto al Derecho derivado está constituido por la primera Directiva (68/151/CEE), de 9 de marzo de 1968, que regula la publicidad, la validez de los compromisos de las sociedades y la nulidad de éstas; la segunda Directiva (71/91/CEE), de 13 de diciembre de 1976, que regula la constitución, así como el mantenimiento y modificaciones del capital de las sociedades anónimas; la tercera Directiva (78/85/CEE), de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones; la cuarta Directiva (78/66u/CEE), de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales; la sexta Directiva (82/891/CEE), de 17 de diciembre de 1982, sobre la escisión de sociedades; la séptima Directiva (83/349/CEE), de 13 de julio de 1983, que regula las cuentas consolidadas, y la octava Directiva

(84/253/CEE), de 10 de abril de 1984, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de los documentos contables.

Existen además dos proyectos pendientes de aprobación: en materia de estructura y órganos de la sociedad anónima (propuesta de la quinta Directiva) y en relación a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas (propuesta de décima Directiva).

La exposición de motivos del proyecto que vamos a examinar dice que tiene por objeto la adaptación de la legislación mercantil a esas directivas, con excepción de la octava, que ha sido objeto de una regulación independiente. El proyecto ha tomado como base fundamental el anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación y concluido en 1987, si bien ha introducido algunas modificaciones de especial importancia: se ha suprimido el precepto que establecía la responsabilidad ilimitada del accionista único; ha desaparecido en la fusión el derecho de separación de los accionistas; se modifican algunos preceptos relativos a órganos sociales que no sufrían alteración en el anteproyecto: artículos 60, 70, 72, 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas, etc.

El proyecto comprende también la modificación de los títulos II y III del libro I del Código de Comercio, relativos a la contabilidad de las empresas y el Registro Mercantil; no obstante, en este trabajo nos vamos a limitar a examinar las alteraciones en el régimen sustantivo de las sociedades. Resultan afectadas la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad comanditaria por acciones y la sociedad anónima laboral. La modificación del régimen jurídico de todas ellas venía exigida por la normativa comunitaria, pues, como indica el preámbulo de la primera Directiva, se trata de establecer un sistema de garantía para aquellas que son sociedades que «solamente ofrecen como garantía ante terceros el patrimonio social».

I. LA REFORMA DEL REGIMEN DE SOCIEDADES ANONIMAS

Distinguiremos los siguientes puntos de estudio: A) Concepto y naturaleza jurídica. B) Constitución. C) Fundación de la sociedad. D) Acciones. E) Modificación de estatutos: aumento y reducción de capital. F) Transformación, fusión y escisión. Disolución y liquidación. G) La Junta general y los administradores. H) Nulidad de la sociedad. I) La contabilidad de los empresarios.

A) CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

1.º Concepto (arts. 1 y 4 del proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas).

Por sociedad anónima puede entenderse:

— Aquella persona jurídica.

— En la que los socios no responden personalmente de las deudas sociales.

— Y cuyo capital, no pudiendo ser inferior a diez millones de pesetas, está dividido en acciones integradas por las aportaciones de los socios y se expresará en esa moneda.

2.º Naturaleza jurídica (art. 3 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas):

— Mercantil en todo caso.

— Ha de tener ánimo de lucro.

El artículo 14, 2.º, del anteproyecto, en una primitiva redacción, decía así: «En la escritura de constitución de la sociedad se expresarán: 2.º La voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima. Si su finalidad no fuera lucrativa, se hará constar expresamente». Sin embargo, en la redacción definitiva desaparece esta última frase, por lo que pensamos que una sociedad anónima constituida sin ánimo de lucro sería nula por aplicación del artículo 32, 2.º, del proyecto («la nulidad debería declararse... por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público»).

B) CONSTITUCIÓN

1.º Constitución y personalidad jurídica (arts. 7, 11 y 32 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas).

La sociedad anónima requiere:

— Constitución mediante escritura pública.

— Inscripción en el Registro Mercantil para gozar de personalidad jurídica (aunque los pactos secretos no se declaran nulos, sin embargo, no tendrán la consideración de pactos sociales ni perjudicarán a terceros).

A pesar de que el artículo 11 dice que «la sociedad se entenderá constituida cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil», se sigue la vieja fórmula —creada en el Código de Comercio y matizada por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951— de distinguir entre el contrato

social (necesidad de escritura pública) y el otorgamiento de personalidad jurídica al ente (inscripción en el Registro Mercantil).

Respecto a la sociedad escriturada, pero no inscrita, hay dos preceptos: el 22, párrafo último, del proyecto de reforma del Código de Comercio, según el cual «las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable», y el 32, 1, 1.º, para el que «la acción de nulidad de la sociedad... podrá ejercitarse... por no haberse otorgado la escritura pública de constitución o no haberse inscrito ésta en el Registro Mercantil» (1).

No obstante, no cabe olvidar la tácita prohibición contenida en el artículo 7, 2.º, del proyecto de la Ley de Sociedades Anónimas, que determina que «la inscripción de la escritura de constitución y la de todos los demás actos relativos a la sociedad podrán practicarse previa justificación de que ha sido solicitada la liquidación de los impuestos correspondientes».

Por último, hay que tener en cuenta el artículo 17, que establece: «1. Hasta que la sociedad quede inscrita no podrán ponerse en circulación las acciones emitidas. Antes de la inscripción en el Registro, los pactos sobre transmisión de las acciones no surtirán efecto frente a la sociedad. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior es aplicable a las acciones emitidas como consecuencia de un aumento de capital».

(1) DE LA CÁMARA (en *La reforma del Derecho español en sociedades de capital*, de varios autores, págs. 70 y sigs.) critica la nulidad que se establece respecto a la sociedad escriturada, pero no inscrita, entendiéndolo que la falta de la escritura pública es lo que comporta la inexistencia de la sociedad anónima, pues el otorgamiento de la misma es lo que motiva su constitución, aunque la fundación todavía no se hubiera ultimado. A nuestro juicio, sin embargo, la formulación del artículo 32, 1, 1.º, es correcta, pretendiendo distinguir entre contrato de sociedad, productor de efectos entre las partes contratantes (escritura pública), y existencia de la sociedad con personalidad jurídica propia —no debe separarse el binomio sociedad-personalidad jurídica—, que afecta a la actuación de la misma en el mundo jurídico y a sus relaciones con terceros (inscripción en el Registro Mercantil). Sin olvidar el artículo 11, que dice: «La sociedad puede fundarse en un solo acto por convenio entre los fundadores o en forma sucesiva por suscripción pública de las acciones. En uno y otro caso, la sociedad se entenderá constituida cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil», y que, según apunta J. DOMINGO RODRÍGUEZ (en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 186), hay que interpretar lo en el sentido de que «la constitución de la sociedad es un proceso complejo que no se entiende terminado hasta que se ha producido la inscripción, y que lo que ésta aporta no es un barniz de personalidad a una sociedad existente, porque la personalidad no es algo extrínseco a la sociedad, un hábito, sino algo consustancial a ella, como elemento definidor del tipo social». También puede traerse a colación el artículo 12, que, como el 10 anterior, exige la concurrencia, al menos, de tres socios fundadores, dando a entender que la constitución de la sociedad es algo más que un contrato, pues si únicamente de esto se tratara deberían ser suficientes dos socios (así razonan GARRIGUES y URÍA en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, pág. 229, 1976). Y la Resolución de la Dirección

2.º El Registro Central y el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil (artículos 18, último párrafo, y 22 del proyecto de reforma del Código de Comercio):

— Conforme al citado artículo 18, último párrafo, «los asientos registrales correspondientes a las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, se comunicarán por los respectivos Registradores Mercantiles a un Registro central, que dispondrá de un *Boletín Oficial* en el que se publicará necesariamente un extracto o mención de los datos esenciales de los asientos practicados en los Registros Mercantiles. Una vez realizada la publicación, se hará constar ésta en el Registro Mercantil correspondiente». A esto añade el artículo 22: «Sin perjuicio de los efectos de la inscripción cuando ésta sea obligatoria, las escrituras y demás actos y documentos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a los terceros de buena fe después de la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil. Esta publicación no será oponible para actos realizados antes del decimosexto día siguiente a aquel en que la publicación tuviera lugar, frente a terceros que prueben que les fue imposible conocer los hechos inscritos y publicados. Cuando las escrituras y demás actos y documentos a que se refiere este artículo sean publicados en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil con un contenido diferente al que aparece inscrito en el Registro, esa publicación no podrá ser opuesta a los terceros de buena fe, pero éstos podrán utilizarla en lo favorable, a menos que la falta de publicidad legal les prive de efectos». Y termina diciendo el artículo 77, 3, del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas que «la inscripción de la sociedad se anunciará en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil, en el que se publicarán los datos relativos a la escritura de constitución que reglamentariamente se determinen».

— Consiguientemente, de estos preceptos y de los anteriormente expuestos se deduce lo siguiente: se da vigencia al Registro Central (REMIC), el cual, con los datos que le remitan los diferentes Registros Mercantiles, publicará un extracto de los mismos en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil. Dicha publicación tendrá carácter meramente informativo, sin alterar la adquisición de personalidad jurídica de la sociedad a través de la inscripción, ni la eficacia de ésta (2).

General de los Registros y Notariado de 13 de julio de 1984 refiere la expresión «acto constitutivo» a contrato de sociedad.

(2) El REMIC había sido creado por Ley de 21 de julio de 1973, pero el necesario desarrollo reglamentario de ésta impidió su puesta en funcionamiento. Ahora es la primera Directiva comunitaria la que, siguiendo el modelo alemán, impone la publicación en un *Boletín* de los datos esenciales de las sociedades capitalistas. Sobre ello apunta GÓMEZ SEGADE (en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, pág. 34) que «la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil, sin duda favorece la difusión de datos relevantes para el tráfico, aunque como

Como pone de relieve GÓMEZ SEGADE (3) —y pienso que está totalmente claro en la Ley y debe ser criterio unánime para la doctrina—, para la adquisición de personalidad jurídica por las sociedades dichas basta la inscripción en el Registro Mercantil, no siendo preciso que se cumplan todas las formalidades de publicidad legal, y en particular la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil; y tal atribución de personalidad jurídica ya le permite a la sociedad una importante presencia en el tráfico, como emitir obligaciones, títulos definitivos de las acciones e incluso actuar frente a la Administración pública, pues la inoponibilidad frente a terceros de buena fe por incumplimiento de todos los requisitos de publicidad legal sólo debe jugar en las relaciones jurídicas privadas.

3.º Actos y contratos celebrados sin que haya tenido lugar la inscripción de la sociedad o habiéndose declarado ésta nula [arts. 8, 9 y 32, a), del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas]:

— Del cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes del otorgamiento de la escritura de constitución o de su inscripción responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado, pero tal responsabilidad pasará a la sociedad, una vez inscrita, si dichos actos resultaren indispensables para su constitución, fuesen aceptados por ella dentro del plazo de tres meses desde su inscripción o si hubieran sido estipulados, dentro de sus facultades, por las personas designadas a tal fin por los socios. A esta responsabilidad quedarán afectos los bienes aportados a la sociedad y sus frutos, cuando la escritura de constitución no se inscribiere dentro del año siguiente a su otorgamiento.

— La sentencia que declare la nulidad de la sociedad no a la validez de las obligaciones o créditos de ésta frente a terceros, y cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por aquélla así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar sus dividendos pasivos.

C) FUNDACIÓN DE LA SOCIEDAD

1.º Requisitos generales (arts. 1 a 6 del proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas):

contrapartida se pierde la seguridad total característica del sistema de simple inscripción registral vigente en España».

(3) GÓMEZ SEGADE, *ob. cit.*, pág. 30.

1. Escritura pública.
2. Inscripción en el Registro Mercantil.
3. Publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Central.

Sobre estos tres puntos nos remitimos a lo ya dicho en el apartado relativo a la constitución de la sociedad.

4. Deberá figurar necesariamente la indicación «sociedad anónima» o su abreviatura, S. A., y no se podrá adoptar una denominación sustancialmente idéntica a la de otra sociedad preexistente (art. 2).

5. La sociedad deberá tener carácter mercantil cualquiera que fuera su objeto (art. 3), no admitiéndose la inexistencia de finalidad lucrativa (esto último se deduce del art. 13, 2.º, al haberse suprimido del mismo —antes, 14, 2.º—, en su última redacción, la anterior frase, que decía: «Si su finalidad no fuera lucrativa, se hará constar expresamente»).

6. Capital mínimo (art. 4):

— No podrá ser inferior a diez millones de pesetas.

El establecimiento de un mínimo de capital es uno de los medios a través de los cuales se pretende reservar la forma de sociedad anónima para la gran empresa (el otro es la exigencia de un número mínimo de socios). Aunque la cifra pueda parecer exagerada, si se tiene en cuenta que el artículo 6 de la segunda Directiva sólo exige un mínimo de 25.000 CUS, es decir, 3.650.000 pesetas, nuestro país se sitúa en el tipo medio de los demás ordenamiento europeos, e incluso hay autores que piensan que tal cifra es escasa para conseguir la finalidad pretendida (4). No obstante, esta innovación ha dado lugar a grandes críticas por el pequeño y mediano empresario.

— Deberá expresarse en moneda nacional.

7. Domicilio en territorio español, que se impone como requisito prioritario para aquellas sociedades anónimas cuya explotación principal radique en dicho territorio (art. 5). Además, tal domicilio deberá fijarse en el lugar donde se halle el centro de su efectiva dirección y administración o alguna de sus explotaciones principales (art. 6).

(4) GARCÍA VALVERDE (en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, págs. 141 y sigs.) no sólo pone de relieve tal circunstancia, sino también el no haberse fijado un tratamiento adecuado para la conservación de esa cifra.

8. Capital totalmente suscrito y desembolsado, al menos, en una cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones (art. 10).

DE LA CÁMARA, no obstante, admite la posibilidad de crear dos o varias series de acciones, en las que una de ellas sólo estuviera desembolsada en cuanto a un 2,5 por 100 y la otra u otras respecto a la totalidad o por mayor cantidad. Para nosotros, sin embargo, tal mecánica contravendría el artículo 6, 4.º, del Código Civil, por lo que sería de aplicación la doctrina del fraude de Ley (5).

Por tanto, mientras las acciones no hayan sido totalmente desembolsadas deberán revestir la forma de nominativas, siendo válida la fórmula que actualmente se viene empleando —reconocida en la Resolución de la Dirección General de 19 de mayo de 1983— de que en el ínterin, es decir, hasta su total desembolso, dichas acciones serán nominativas, pues «durante ese período, que puede ser más o menos prolongado, se clarifica respecto a terceros la situación en que se encuentra la sociedad, y quedarían identificados los titulares de las acciones obligados al desembolso de los dividendos pasivos».

2.º Fundación simultánea. Requisitos de la escritura de constitución y de los Estatutos (arts. 12 a 19):

1. Escritura de constitución:

— Serán fundadores las personas que otorguen la escritura social y suscriban todas las acciones (art. 12).

Como novedad puede citarse la sustitución de la palabra «asumir» (todas las acciones) del antiguo artículo 10 por la de «suscribir». Esta precisión terminológica no parece suficiente, sin embargo, para resolver la incorrección que ya apuntaba DE LA CÁMARA (6) respecto a dicho precepto, entendiendo que «desde el punto de vista notarial, otorgante es quien emite en la escritura las declaraciones de voluntad que la escritura formaliza. Por tanto, si alguno de los comparecientes interviene en nombre de otro, 'otorgante' es, en rigor, el apoderado y no el poderdante. Por ello hay que entender la expresión legal en un sentido lato y estimar que son fundadores quienes otorgan por sí, o por medio de representante (legal o voluntario), la escritura fundacional».

— Su número no podrá ser inferior a tres, salvo que se trate de sociedades constituidas por el Estado, Comunidades Autónomas, provincias y municipios o por organismos o entidades de ellos dependientes (artículo 12).

(5) DE LA CÁMARA, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 94.

(6) DE LA CÁMARA, en *Estudios de Derecho mercantil*, vol. I, pág. 492.

De este precepto se deduce:

- a) Se mantiene el número mínimo de tres socios fundadores (7).
- b) Se extienden los supuestos excepcionados de tal mínimo (antiguo art. 10) a las sociedades anónimas constituidas por las Comunidades Autónomas.
- c) Sin embargo, hay que tener presente el artículo 32, 5.º, según el cual la nulidad de la sociedad no podrá declararse en este supuesto sino cuando falte la voluntad de, al menos, dos socios fundadores.

Para DE LA CÁMARA (8), el requisito de los tres fundadores sólo servirá, si se incumple formalmente (es decir, si la escritura fundacional sólo la otorgan dos personas naturales o jurídicas), para impedir la inscripción de aquélla en el Registro Mercantil, pero la sociedad será válida a tenor de lo dispuesto en el artículo 32, 5.º A nuestro juicio, sin embargo, lo que está haciendo la Ley es confundir sociedad con contrato social —pues aquélla nunca podrá existir sin inscripción—; por eso, el artículo 32, 5.º, se refiere incorrectamente a «sociedad», cuando debía hacerlo a «contrato social».

En cuanto al accionista único, puede entenderse la siguiente construcción (9):

- a) Sociedad con un solo socio en su constitución, salvo los casos legalmente exceptuados: será nula.
- b) Sociedad válidamente constituida, que posteriormente queda con un solo socio: continuará subsistiendo la misma en tanto los acuerdos tomados por el único socio tengan por finalidad la reconstrucción de la vida social, conforme a lo preceptuado en la Ley. Sobre este punto cabe añadir que sigue teniendo vigencia la doctrina de la Dirección General contenida, entre otras, en las Resoluciones de 11 de abril de 1945, 22 de noviembre de 1957 y 13 de noviembre de 1985, así como la jurisprudencia de las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre, 19 de noviembre de 1955 y otras más (10).

(7) Este mínimo ha experimentado diversas vicisitudes, pues hasta la última versión del anteproyecto el número exigido era cinco.

(8) DE LA CÁMARA, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 80.

(9) Pueden encontrarse interesantes trabajos sobre este tema —realizados a raíz de la publicación del anteproyecto— en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital* (ALONSO UREBA, págs. 217 y sigs.) y en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (BISBAL Y MÉNDEZ, págs. 71 y sigs.).

(10) Ya el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 9 de julio de 1987, estimó, respecto a una sociedad de responsabilidad limitada, que el gestor y a la vez único socio de la sociedad, que contrató de este modo con terceros, ostentó ante éstos un estado equívoco de apariencia societaria puramente formal, propicia al fraude y contraria a la buena fe, por lo que hay que considerarle ilimitadamente responsable. Y el artículo 13 del anteproyecto —luego suprimido— determinaba que «el accionista único responderá ilimitadamente de las deudas sociales».

Entendemos que da apoyo a esta argumentación el artículo 5 de la segunda Directiva de la Comunidad Europea, que en su párrafo 1 dice así: «Cuando la legislación de un Estado miembro exija el concurso de varios socios para la constitución de una sociedad, la reunión de todas las acciones en una sola mano o la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal después de la constitución, no implicará la disolución de pleno derecho de esta sociedad».

— Contenido de la escritura:

El artículo 13 establece que en la escritura de constitución de la sociedad se expresarán: 1.º Los nombres, apellidos y estado de los otorgantes, si éstos fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si son personas jurídicas, y en ambos casos la nacionalidad y el domicilio. 2.º La voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima. 3.º El metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar, indicando el título o el concepto en que lo haga y el número de acciones recibidas en pago. En todo caso, ante el Notario autorizante deberá acreditarse la realidad de las aportaciones dinerarias mediante exhibición y entrega de sus resguardos de depósito a nombre de la sociedad en establecimiento de crédito o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella. Esta circunstancia se expresará en las escrituras de constitución y aumento de capital, así como en las que consten los sucesivos desembolsos. Cuando el desembolso se efectúe, total o parcialmente, mediante aportaciones no dinerarias, deberá expresarse, además, su valor y si los futuros desembolsos se harán en metálico o en nuevas aportaciones *in natura*. En este último caso se determinará su naturaleza, valor y contenido, la forma y el procedimiento de efectuarlas, con mención expresa del plazo de su desembolso, que no podrá exceder de cinco años desde la constitución de la sociedad. Deberá mencionarse, además, el cumplimiento de las formalidades previstas para estas aportaciones en el artículo 31, 4.º La cuantía total o, al menos, aproximada de los gastos de constitución que deban ser de cargo de la sociedad, tanto los ya satisfechos como los meramente previstos hasta que aquélla quede constituida.

En el número 5.º se establecen los requisitos de los Estatutos, que estudiaremos más adelante. En el 6.º, la constancia de las personas que se vayan a encargar de la administración inicial. Y en el 7.º, la posibilidad de incluir cualquier pacto lícito.

a) Nombres, apellidos y estado de los otorgantes, si fueran personas físicas, o su denominación o razón social si son personas jurídicas, y en ambos casos, la nacionalidad y el domicilio.

Este apartado es idéntico al artículo 11, 1.º, anterior de la Ley de Sociedades Anónimas y al artículo 108, 1.º, del Reglamento del Registro Mercantil.

b) La voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima.

También idéntico al anterior artículo 11, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas.

c) Metálico, bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar, indicando el título o concepto en que lo haga y el número de acciones recibidas en pago.

La frase «se obligue a aportar» constituye una innovación respecto a la redacción anterior. No añade nada nuevo —está pensado en la parte de capital no desembolsado—, sino que pretende dar más precisión a la norma.

Debe distinguirse:

a') Aportaciones dinerarias.

Primero: Deberá expresarse su importe en moneda nacional; si la aportación fuese en moneda extranjera, se determinará la equivalencia en moneda nacional con arreglo a la Ley (art. 31, 2.º).

Segundo: Deberá acreditarse su realidad mediante exhibición y entrega de sus resguardos de depósito a nombre de la sociedad en establecimiento de crédito, o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella; esta circunstancia se expresará en las escrituras de constitución, aumentos de capital y futuros desembolsos (art. 13, 3.º).

en la regulación anterior era suficiente la simple manifestación de los interesados de la realidad de las aportaciones.

b') Aportaciones no dinerarias.

Deberá expresarse (art. 13, 3.º, en relación con el 31):

Primero: Su valor.

Segundo: Si los futuros desembolsos se harán en metálico o en nuevas aportaciones *in natura*. En este último caso se determinará su naturaleza, valor y contenido, forma y procedimiento de efectuarlas, con mención expresa del plazo de su desembolso, que no podrá exceder de cinco años desde la constitución de la sociedad.

Además, cualquiera que fuera su naturaleza, las aportaciones no dinerarias habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Juez, que, bajo su responsabilidad, identificarán el bien o bienes objeto de la aportación, sus características, valor y criterios utilizados. Este informe se incorporará a la escritura de constitución de la sociedad.

Como aportaciones no dinerarias especiales recoge la Ley:

Primera: Aportación de bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos: el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos en el Código Civil para el contrato de compraventa, aplicándose las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en cuanto a la transmisión de riesgos.

Segunda: Aportación de un derecho de crédito: el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.

Tercera: Aportación de una empresa o establecimiento: el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. Procederá también el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

d) Cuantía total o, al menos, aproximada de los gastos de constitución que deban ser de cargo de la sociedad, y tanto los ya satisfechos como los meramente previstos hasta que aquélla quede constituida.

Estamos, igualmente, ante otra novedad del nuevo texto, cuyo alcance no se comprende. Por otra parte, en el momento del otorgamiento de la escritura es muy difícil saber, aunque sólo sea por aproximación, cuáles van a ser tales gastos.

e) Las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social.

Esta mención, necesaria en la escritura de constitución —hasta ahora se exigía la constancia del órgano u órganos que habían de ejercer la administración, en los Estatutos, pero no en la constitución— de los primeros administradores, constituye una importante novedad de la reforma. A ello añade el artículo 18 que «los primeros administradores, que deben ser designados en la escritura de constitución, someterán su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general que se celebre».

f) Se podrán, además, incluir en la escritura todos los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en la Ley.

2. Peculiaridades de los fundadores (arts. 14 a 16).

— Ventajas:

Los fundadores y los promotores podrán reservarse derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del 10 por 100 de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período máximo de diez años. Estos derechos podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones, cuya transmisibilidad podrá restringirse en los Estatutos sociales.

— Responsabilidades, facultades y obligaciones:

a) Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales,

de la valoración de las no dinerarias, de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución, de la omisión de cualquier mención de la escritura de constitución exigida por la Ley y de la inexactitud de cuantas declaraciones hagan en aquélla. La responsabilidad de los fundadores alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado éstos.

b) Los fundadores y los administradores de la sociedad tendrán las facultades necesarias para hacer la presentación de la escritura de constitución en el Registro Mercantil y, en su caso, en el de la Propiedad, así como para solicitar o practicar la liquidación y para hacer el pago de los impuestos y gastos correspondientes.

c) Los fundadores y los administradores de la sociedad deberán presentar a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social, la escritura de constitución, en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de su otorgamiento, y responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación.

3. Los Estatutos.

Deberá constar en ellos lo siguiente:

— La denominación de la sociedad.

Ha de entenderse que sobre este punto sigue vigente la doctrina de la Dirección General de los Registros y Notariado, según la cual, la certificación del Registro General de Sociedades no agota todas las posibilidades de calificación del Registrador, debiendo éste apreciar si existe un obstáculo que impida pueda aceptarse la denominación elegida (Resoluciones de 11, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de octubre de 1984).

— El objeto social, determinando las actividades que lo integran.

Al emplearse la palabra «actividades», creemos que el precepto intenta arrinconar definitivamente la vieja polémica —por otra parte, ya resuelta por la Dirección General en Resoluciones de 1 de diciembre de 1982, 22 de agosto de 1983 y 27 de noviembre de 1985, entre otras— de si es necesario o no precisar el objeto social en los Estatutos. Queda claro, por tanto, la necesidad de determinarlo, aunque tal determinación ha de interpretarse con un criterio amplio, siendo únicamente rechazable aquel que permitiera a la sociedad dedicarse a la industria o comercio en general. La doctrina de la Dirección General sobre este punto sigue, por tanto, plenamente vigente (11).

Tal objeto genérico u omnicompreensivo, pensamos que motivaría la

(11) La Dirección General entiende que será rechazable, por omnicompreensiva, la expresión que recoja de modo indeterminado «toda actividad industrial, mercantil o comercial».

nulidad de la sociedad, pues sería un objeto ilícito y habría de aplicarse el artículo 32, 2, con las consecuencias del artículo 32, a) (12).

Sin embargo, creemos que podía haberse aprovechado la reforma —o bien hacerlo por vía reglamentaria— para deslindar objeto y capacidad, estableciendo la necesidad de distinguir en los Estatutos entre ambos conceptos, o mejor, recoger sólo lo que realmente constituya tal objeto.

— Duración de la sociedad.

— Fecha en que dará comienzo a sus operaciones.

— El domicilio social y las localidades en que vaya a establecer sucursales, agencias o delegaciones, así como el órgano competente para decidir su creación, supresión o traslado.

De este párrafo interesa resaltar:

a) La sustitución de la palabra «lugares», que empleaba el anterior artículo 11, 3.º, e), de la Ley, por la de «localidades», por considerarse más precisa.

b) Sigue en vigor el artículo 105 del Reglamento del Registro Mercantil, por lo que cualquier cambio de domicilio fuera de la misma población deberá entenderse como una modificación de los Estatutos, y serán de aplicación los requisitos necesarios para ella. De todas formas, sobre este punto no remitimos a lo dicho al examinar el artículo 87 del proyecto.

c) La palabra «localidad» entendemos que es equivalente a «término municipal».

— El capital social, expresando, en su caso, la parte de valor no desembolsado, así como la forma y el plazo máximo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos [en cuanto a la forma, el art. 47, d), del mismo proyecto establece que será la determinada en los Estatutos o, en su defecto, la que acuerde la Junta general].

Pensamos que el artículo 102, g), del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto completaba a la Ley en su anterior redacción al añadir la frase «o el órgano que ha de decidir su pago» (el de los dividendos pasivos), ha de entenderse afectado por este nuevo precepto, que no se conforma con que conste el órgano que ha de decidir sobre el desembolso de tales dividendos, sino que exige, además, el plazo (13).

— El número de acciones en que estuviera dividido el capital social,

(12) Puede verse, al respecto, DE LA CÁMARA en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 112.

(13) La versión anterior del proyecto decía así: «... así como el modo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos», y la constancia del plazo fue exigida en su última redacción.

su valor nominal; clase o serie, si existieran varias, con exacta expresión del valor nominal, número y derechos de cada una de las clases; si son nominativas o al portador, procedimiento y las normas para su conversión, así como la parte de su valor nominal efectivamente desembolsado. Deberá, además, mencionarse si se emiten o si se prevé la emisión de títulos múltiples (14).

— El órgano u órganos a los que se confía la administración y la representación de la sociedad, con expresión de las facultades y competencias respectivas, el modo de proveer las vacantes que se produzcan, la forma de deliberar y adoptar los acuerdos, así como, en su caso, el sistema de retribución.

Sobre este punto nos remitimos a lo dicho más adelante respecto a los administradores.

— Los plazos, la forma y el procedimiento para convocar y constituir las Juntas generales, así como el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos.

— El régimen de las prestaciones accesorias, caso de establecerse, mencionando expresamente su contenido, su carácter gratuito o retribuido, las acciones a las que se incorpora la obligación de realizarlas, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su cumplimiento.

Como señala DE LA CÁMARA (15), este nuevo contenido legal es de una gran importancia, al sancionarse la posibilidad de que en el contrato social se estipulen a cargo de los socios obligaciones distintas de la típica en una sociedad anónima, es decir, la aportación. Sin embargo, según el citado autor, el precepto es excesivamente escueto, quedando en la duda las siguientes cuestiones: ¿Cuál puede ser el contenido de las prestaciones accesorias? ¿Cabe que las mismas se estipulen después de que la sociedad se hubiera constituido? ¿Qué ocurre si el socio o socios obligados a una prestación accesoria no la cumplen? ¿Qué acontece si el obligado a su cumplimiento transmite sus acciones?

— Los derechos especiales o las ventajas que, en su caso, se reserven los fundadores o promotores de la sociedad.

3.º La fundación sucesiva (arts. 19 a 30 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas).

Dada la escasísima importancia práctica que tiene en nuestro país, no vamos a hacer un estudio pormenorizado de la misma. Baste con la cita hecha de los preceptos en que se encuentra regulada, los cuales compren-

(14) En la anterior redacción del proyecto se determinaba la constancia de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, pero fue suprimido tal requisito en su última versión.

(15) DE LA CÁMARA, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, págs. 116 y sigs.

den un detallado proceso que va desde la elaboración del programa de fundación hasta la culminación de aquél con la inscripción en la escritura de fundación en el Registro Mercantil.

D) ACCIONES

Esta materia experimenta una detallada y ambiciosa regulación en el proyecto, que modifica en profundidad el capítulo III de la Ley de Sociedades Anónimas. Dicho capítulo [arts. 33 a 47, *m*] aparece dividido en seis secciones: de la acción y de los derechos del accionista, de las acciones sin voto, de la copropiedad y derechos reales sobre las acciones, de la documentación y transmisibilidad de las acciones, de los dividendos pasivos y de los negocios sobre las propias acciones.

Para el mejor estudio del tema vamos a distinguir los siguientes epígrafes: 1.º Normas generales sobre las acciones. 2.º Restricciones a su libre transmisibilidad. 3.º Las acciones sin voto. 4.º Negociabilidad de las propias acciones. 5.º Copropiedad y derechos reales sobre las acciones.

1.º Normas generales sobre las acciones.

1. *Características de la acción.*—El proyecto sigue, en general, la idea de acción ya recogida en los artículos 33 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, es decir: la acción es una parte alícuota del capital social, está representada en un título y otorga a su titular la condición de socio, que, a su vez, lleva inherentes una serie de derechos. Añade, no obstante, el número 4 del mismo artículo 33, que «el valor nominal de las acciones en ningún caso podrá ser superior al cociente que resulta de dividir por cien la cifra del capital social».

2. *Derechos que atribuye.*—Hay dos nuevas ideas en el proyecto: *a*) la información como derecho mínimo de los socios, que ya recogía el actual artículo 65, se incorpora ahora al precepto que regula los derechos económicos [art. 34, 2, *d*)], y *b*) que podrá fijarse en los Estatutos la posesión de un número mínimo de acciones para asistir a la Junta general, pero —y aquí está la diferencia con el anterior artículo 38— en ningún caso excederá del 5 por 100 del capital social desembolsado con derecho a voto.

3. *Clases y series de acciones.*—El artículo 35 distingue entre clases y series de acciones, constituyendo una misma clase aquellas que tengan el mismo contenido de derechos y siendo las series aquellos conjuntos que teniendo igual valor nominal se integren dentro de una clase.

Se permite la creación de acciones privilegiadas, pero con los siguientes límites (art. 36): *a*) no es válida la creación de acciones con

derecho a percibir un interés fijo; *b*) tampoco es válida la creación de acciones de voto plural (esta limitación ya la recogía el anterior art. 38), ni la de aquellas acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho a voto o el derecho de suscripción preferente (esto no es más que la aportación legal de un concepto de acciones de voto plural).

Las acciones deberán revestir la forma nominativa o al portador (artículo 44), pero será necesaria la primera, además de en los supuestos en que no hubiera sido enteramente desembolsado su importe y cuando así lo exigieran disposiciones especiales —que ya recogía la anterior redacción de la Ley—, en el caso de que su libre transmisibilidad estuviera sujeta a cualquier tipo de restricciones y cuando aquéllas incorporasen prestaciones accesorias.

BROSETA, en una monografía publicada ya en el año 1963, había defendido la necesidad de imponer la forma nominativa para aquellas acciones respecto a las cuales los Estatutos de la sociedad contuvieran restricciones a su libre transmisibilidad.

En el mismo precepto, números 2, 3 y 4, se introducen las siguientes novedades: *a*) Salvo disposición contraria de los Estatutos, la sociedad no estará obligada a emitir títulos representativos de sus acciones cuando éstas fuesen nominativas. *b*) Las acciones también podrán estar representadas por medio de anotaciones en cuenta, con arreglo a lo previsto en la normativa reguladora del mercado de valores, sin que ello determine la pérdida de su condición de valores mobiliarios. *c*) Las acciones que deban revestir la forma nominativa también podrán estar representadas por anotaciones en cuenta. Tratándose de acciones cuyo importe no haya sido enteramente desembolsado o de acciones que incorporen prestaciones accesorias, la validez de la anotación en cuenta quedará subordinada a la consignación en la misma de las mencionadas circunstancias (16).

Finalmente, cabe citar aquí la regulación dada, en el artículo 46, al libro registro de las acciones nominativas, que llevará la sociedad, y en el que se inscribirán las sucesivas transferencias de dichas acciones, así como la constitución de derechos reales sobre ellas, reputándose accionista a quien se hallare inscrito en él. Si la acción estuviera representada por medio de título, serán de aplicación, en la medida en que fueran

(16) La Orden de 19 de mayo de 1987 establece en su artículo 2 que «podrán adquirir y mantener Deuda del Estado representada en anotaciones en cuenta, en las cuentas bajo su titularidad abiertas en la central de anotaciones, las entidades e intermediarios financieros que pertenezcan a alguno de los grupos que se relacionan en el número siguiente (Banco de España, Instituto de Crédito Oficial, entidades oficiales de crédito, etc.) y acepten los compromisos previstos en el número 4 de este artículo».

compatibles con el Derecho de sociedades, los artículos 15, 16, 19 y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque, y si no, se procederá de acuerdo con las normas sobre cesión de créditos y demás derechos incorporales.

4. *Títulos de las acciones.*—El nuevo artículo 45 regula la materia de la que antes se ocupaba el 43 y contiene sustanciales diferencias respecto al mismo. En general, puede decirse que lo único coincidente son los números 1.º y 3.º (requisitos generalísimos de la acción).

Dice así este precepto: «1. Cuando la sociedad emita títulos representativos de sus acciones, el accionista tendrá derecho a recibir los que le correspondan libres de gastos. 2. Los títulos podrán incorporar una o más acciones de la misma serie y contendrán, como mínimo, las siguientes menciones: a) La denominación y domicilio de la sociedad y los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil. b) El valor nominal de la acción, su número, la serie a que pertenece y, en el caso de que sea privilegiada, los derechos especiales que otorgue. c) Su condición de nominativa o al portador. d) Las restricciones a su libre transmisibilidad. e) La suma desembolsada o la indicación de estar la acción completamente liberada. f) Las prestaciones accesorias, en el caso de que las incorpore. g) La suscripción de uno o varios administradores, que podrá hacerse mediante reproducción mecánica de la firma. En este caso, se extenderá acta notarial por la que se acredite la identidad de las firmas reproducidas mecánicamente con las que se estampen en presencia del Notario autorizante. Este acta deberá ser inscrita en el Registro Mercantil antes de poner en circulación los títulos. 3. La exhibición del título o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada a tal fin conforme a la normativa reguladora del mercado de valores, será precisa para el ejercicio de sus derechos por parte del accionista. 4. Las disposiciones de este artículo habrán de ser observadas, en cuanto resulten aplicables, para los resguardos provisionales de las acciones. Dichos resguardos revestirán necesariamente la forma nominativa».

El artículo 47 se ocupa de las acciones incluidas en sistemas de fungibilidad, estableciendo que será de aplicación la normativa reguladora del mercado de valores, y el 47, a), de la sustitución de títulos, determinando, entre otros puntos, que la emisión de los nuevos títulos se anunciará en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil y en el diario en que se hubiera publicado el anuncio de canje.

5. *Los dividendos pasivos.*—Aparecen regulados en el artículo 47, apartados d), e) y f), de los que lo único que nos interesa es —y ya nos hemos referido a ello antes— que el accionista que se hallare en mora en el pago de los dividendos pasivos no podrá asistir a las Juntas generales o especiales ni ejercitar el derecho a voto.

2.º Restricciones a su libre transmisibilidad.

La normativa actualmente vigente en cuanto a los pactos limitativos a la libre transmisibilidad de las acciones, se halla contenida exclusivamente en los artículos 46 de la Ley de Sociedades Anónimas y 104 del

Reglamento del Registro Mercantil. La regulación presentada es más detallada, y contempla de modo más estricto aún la existencia de tales pactos.

Está contenida en los artículos 47, *b*), y 47, *c*), del proyecto, de los que se deduce la siguiente doctrina:

Para la eficacia de los pactos limitativos a la libre transmisibilidad de las acciones es necesario:

1. Que recaigan sobre acciones nominativas. Se trata, ésta, de una interesante novedad del proyecto. A pesar de que autores como GIRÓN TENA, RUBIO y BROSETA habían defendido la imposibilidad de imponer restricciones a la libre transmisibilidad de acciones al portador, la mayoría de la doctrina, el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de abril de 1961 y el mismo Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 104 («las limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones al portador deberán consignarse, además de en los Estatutos, en los títulos respectivos»), impusieron su validez (17).

Ahora, el proyecto se hace eco no sólo de estas voces doctrinales discordantes con la situación anterior, sino también de la prácticamente totalidad de las legislaciones de la Europa comunitaria.

BROSETA llega a decir (18) que España era la única legislación del mundo occidental civilizado en la que existía —existe todavía— la posibilidad de imponer restricciones estatutarias a la libre circulación de acciones al portador.

Consignientemente, el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil va a quedar derogado.

2. Que estén expresamente impuestos en los Estatutos. Este requisito ya se exigía en el anterior —y todavía vigente— artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas.

3. Que no hagan prácticamente intransmisible la acción. Esto es

(17) Según BROSETA (en *Manual de Derecho mercantil*, 1971, pág. 208). «no es admisible la compatibilidad entre restricciones estatutarias y acciones al portador» porque: *a*) es absurdo crear acciones al portador, que son títulos que legitiman a cualquier poseedor, y al mismo tiempo querer controlar su transmisión; *b*) los artículos 46 y 85 de la Ley de Sociedades Anónimas se refieren expresamente a las acciones nominativas; *c*) esta materia exige una interpretación restrictiva; *d*) admitir lo contrario constituye una derogación convencional de la ley de circulación de estas acciones, que tiene carácter imperativo, y *e*) porque, finalmente, ante tales argumentos pierde valor la declaración del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil por su rango jerárquico y por su propia finalidad. En parecidos términos se expresan RUBIO y GIRÓN TENA. GARRIGUES y URÍA, sin embargo (en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, 1976, págs. 525 y sigs.), aportando una larga enumeración de argumentos —y aun reconociendo que no es la posición de la mayor parte de las legislaciones—, sostienen lo contrario.

(18) BROSETA PONT, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, págs. 471 y sigs.

lógico, pues lo contrario sería vulnerar el principio de la libre circulación de las acciones, nota característica y fundamental de las mismas.

4. Que la transmisión no se condicione al requisito de una previa autorización por la sociedad, a no ser que los Estatutos especifiquen las causas en que podrá fundamentarse la denegación; y en este caso, salvo que los mismos Estatutos digan otra cosa, serán los administradores los encargados de otorgar o denegar dicha autorización. Sin embargo, y también salvo que los Estatutos digan otra cosa, la transmisibilidad de acciones cuya titularidad lleve aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias quedará condicionada a la autorización por la sociedad (también la otorgarán los administradores si no se pacta lo contrario en Estatutos).

Teniendo en cuenta que estos requisitos están introducidos en interés de la sociedad, no sería válida la cláusula que subordinara la transmisión al consentimiento de un tercero.

5. En cuanto a las transmisiones *mortis causa* y las que tengan lugar en virtud de procedimiento judicial o administrativo, serán válidos los pactos en Estatutos de restricciones a las mismas, pero únicamente será rechazable la inscripción en el libro registro de acciones nominativas cuando la sociedad presente al heredero un adquirente de las acciones o se ofrezca para adquirirlas ella misma por su valor real.

6. Y en cualquier caso, dice el último párrafo del artículo 47, *b)*, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que dicha autorización ha sido concedida.

3.º Las acciones sin voto.

Se trata de una interesante novedad del proyecto [arts. 37, *a)*; 37, *b)*, y 37, *c)*] que ya ha sido objeto de regulación en otras legislaciones, como la inglesa, alemana y estadounidense.

Pueden conceptuarse como aquellas acciones que a cambio de determinadas ventajas patrimoniales, superiores a las de las otras acciones, privan a su titular del derecho de voto.

Dice MENÉNDEZ (19) que estas acciones nacen para alcanzar una determinada finalidad y después son utilizadas para otra. Así, nacen para que un pequeño número de accionistas obtenga el control de sociedades en las que siendo aquéllos muy numerosos, quedarían privados del derecho de voto en beneficio del grupo minoritario. Y, sin embargo, llegan

(19) MENÉNDEZ, citado por BROSETA, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, págs. 459 y sigs.

a utilizarse para remediar uno de los mayores peligros que existen en el seno de las sociedades anónimas, cual es el absentismo de los socios. Para BELTRÁN (20), las acciones sin voto constituyen, sobre todo, un instrumento específico de financiación, pues la sociedad obtiene fondos propios sin que se modifique la situación de poder existente.

El artículo 38 del anteproyecto exigía que para emitir acciones sin voto, la sociedad tuviera sus acciones admitidas a cotización en Bolsa, requisito que ha sido suprimido en el proyecto.

En cuanto a su contenido jurídico, distinguimos:

1. *Derechos:*

— Económicos:

- a) Percibir un dividendo anual preferente de un 5 por 100, como mínimo, calculado sobre la suma del capital desembolsado de cada acción.
- b) Obtener el mismo dividendo que corresponda a las acciones ordinarias.
- c) Obtener el reembolso del valor desembolsado de sus acciones antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes acciones, en caso de liquidación de la sociedad.
- d) No verse afectados por las reducciones de capital ocasionadas por pérdidas de la sociedad, sino cuando la reducción supere el valor nominal de las restantes acciones.
- e) Suscribir nuevas acciones, cualquiera que sea su clase, en los aumentos de capital, en la misma proporción y condiciones que las acciones ordinarias.

— Políticos: en general, todos aquellos derechos que confieren las acciones ordinarias, salvo lo que diremos en cuanto a las limitaciones.

2. *Límites y limitaciones:*

— El importe nominal de las acciones sin derecho a voto no podrá ser superior a la mitad del capital social desembolsado.

Parece lógico pensar que lo que pretende evitar la Ley al establecer este límite es que mediante grandes emisiones de acciones sin voto, el poder social quedase en manos de un grupo minoritario de accionistas

(20) BELTRÁN, en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas (Las acciones sin voto)*, pág. 146.

que conservase tal derecho; es decir, debe ser la mayor parte de los accionistas —acciones con voto— quien controle la sociedad. Subyace, por tanto, el principio fundamental de que toda sociedad se regirá por el sistema de mayorías.

— Al estar privados del derecho de voto, los titulares de estas acciones no podrán asistir a las Juntas generales (salvo el representante común), ni aquéllas ser computadas para la obtención de los quórums de constitución.

BELTRÁN (21) señala que no es razonable privarles del derecho de asistencia a las Juntas, no sólo porque la concesión de este derecho no desnaturalizaría las acciones sin voto, sino también porque es una medida sin parangón en otros ordenamientos.

— Estas acciones no otorgan el derecho a nombrar administradores ni a agruparse para designar miembros del Consejo, conforme al artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas.

3. *Medios de emisión:*

— En el acto constitutivo de la sociedad por el procedimiento ordinario.

— Por vía de aumento de capital.

— Mediante la transformación de acciones con voto en acciones sin voto.

4. *Organización de los accionistas sin voto.*—Los titulares de acciones sin voto constituirán una Junta especial, cuyas funciones serán la de nombrar un representante común y la de deliberar sobre cualquier cuestión que afecte a sus intereses. Será convocada por el representante común o por los administradores de la sociedad cuando lo consideren necesario o a petición de accionistas que representen el 5 por 100 de las acciones sin voto.

El representante común será el encargado de ejecutar las decisiones de la Junta y de tutelar los intereses comunes de los accionistas sin voto. En todo caso, tendrá las facultades de examinar, por sí o por otra persona, los libros de la sociedad, pedir la convocatoria de la Junta general y asistir a ella con voz y sin voto.

Toda modificación estatutaria que afecte directa o indirectamente a los derechos de estas acciones exigirá el acuerdo adoptado en la Junta especial.

4.º *Negociabilidad de las propias acciones.*

Se contiene una detallada regulación en los artículos 47, *g*), a 47, *m*).

(21) BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 161.

del proyecto, pero nosotros nos vamos a limitar a hacer una mera referencia a ella.

La normativa se asienta en el principio general de prohibición a la sociedad de suscribir acciones propias de la misma o que hubieran sido emitidas por su sociedad dominante [en el art. 47, *II*], incluso se determina qué ha de entenderse por sociedad dominante y por persona interpuesta]. Tal principio, entiende PAZ-ARES, tiene una doble justificación, patrimonial y organizativa; desde el punto de vista patrimonial, porque los negocios sobre las acciones propias entrañan el constante peligro de que por medio de ellos se proceda a una liquidación encubierta del patrimonio social, y desde el punto de vista organizativo interno, porque dichos negocios comportan un elevado riesgo de perturbación del sistema de distribución del poder dentro de la sociedad, poniendo al alcance del órgano administrativo la posibilidad de maniobrar alterando las reglas de formación de la voluntad social (22).

Sin embargo, tal afirmación se contrapesa con la posibilidad de tal adquisición si se cumplen una serie de requisitos especificados, y más adelante se amplía todavía más esta permisibilidad para una serie de casos en los que no es necesario el cumplimiento de los requisitos anteriores (cuando las acciones propias se adquieran en virtud de una reducción del capital, cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, cuando estando íntegramente liberadas sean adquiridas a título gratuito y cuando estando igualmente liberadas se adquieran como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente al titular de esas acciones).

Se hace también una regulación específica del régimen aplicable a estas acciones adquiridas por la sociedad (quedará en suspenso el ejercicio del derecho a voto y demás derechos políticos, los derechos económicos se atribuirán proporcionalmente al resto de las acciones, dichas acciones se computarán a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y deliberación de la Junta, se establecerá en el pasivo del balance una reserva indisponible equivalente al importe de esas acciones y se exigen unos requisitos mínimos para el informe de la sociedad adquirente y, en su caso, de la dominante).

Y cabe citar, por último, el artículo 47, *k*), según el cual, «la sociedad sólo podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias acciones o las emitidas por la sociedad dominante, dentro de los límites y con los mismos requisitos aplicables a la adquisición de las mismas». Hay aquí, por tanto, una matización muy importante al rotundo enuncia-

(22) PAZ-ARES, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, página 480.

do del artículo 167 del Código de Comercio: «Las compañías anónimas no podrán prestar nunca con la garantía de sus propias acciones».

5.º Copropiedad y derechos reales sobre las acciones.

Como ya hemos apuntado anteriormente, la sección tercera del capítulo III de la Ley de Sociedades Anónimas, según la regulación proyectada, se ocupa de la copropiedad y los derechos reales sobre las acciones. Sustancialmente, sin embargo, la normativa es muy semejante a la anterior, si bien es más profundo y amplio el estudio del usufructo y se hace una referencia al embargo de acciones.

1. *Copropiedad de acciones*.—El nuevo artículo 38 es idéntico al anterior 40, salvo la última frase del párrafo segundo, que dice así: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre las acciones». Consiguientemente, la normativa reguladora de la copropiedad de acciones se aplicará, en los mismos términos, a los demás supuestos de cotitularidad sobre las mismas.

2. *Usufructo de acciones*.—Dentro de la tónica general respecto a la regulación actualmente vigente, pueden citarse las siguientes novedades:

a) Se sustituye la anterior frase: «el usufructuario tendrá derecho a participa ren las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo», por la siguiente: «el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo». Con ello parece claro que el usufructuario tendrá derecho no sólo a los beneficios obtenidos y repartidos durante el período de usufructo, sino también a los simplemente acordados, aunque no se hubieran repartido durante dicho período e incluso si tal reparto tuviera lugar después de extinguido el usufructo.

b) Son objeto de especial regulación las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario (art. 39, 2.º).

Respecto a esto, cabe decir:

Al establecerse, como regla general, que «las relaciones entre el nudo propietario y el usufructuario se regirán por el título constitutivo del usufructo», se está dando carta de naturaleza, y por ello plena vigencia, a la doctrina recogida en la Resolución de la Dirección General de 10 de septiembre de 1982, según la cual es admisible el pacto estatutario por el cual se atribuyan los derechos de socio al usufructuario, parece que incluso aunque tal atribución lo fuera respecto a la totalidad de dichos derechos.

No obstante, GARRIGUES y URÍA habían escrito que, al amparo del todavía vigente artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, no todos los derechos de socio son atribuibles al usufructuario, pues hay algunos que son inseparables de la titularidad de la acción, es decir, del nudo

propietario: tales como los de transmitir y negociar las acciones, el de separación de la sociedad y el de ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores (23).

Una vez determinada la regla general vista, se especifica: «Salvo que este título —el título constitutivo— establezca otra cosa, el usufructuario tendrá derecho a exigir del nudo propietario los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas, siempre que tales reservas subsistan en el patrimonio social al término de aquél. Si las partes no llegaran a un acuerdo sobre el importe a abonar, éste será fijado a petición de cualquiera de ellas y a costa de ambas, por los auditores de cuentas de la sociedad, y si ésta no estuviera obligada a auditarlas, por un auditor de cuentas designado por el Juez del domicilio de la sociedad».

Está suficientemente claro que el usufructuario, para el abono de tales beneficios, podrá dirigirse contra el nudo propietario, pero no contra la sociedad, y puede citarse aquí la Resolución de la Dirección General de 4 de marzo de 1981, que no admite la cláusula estatutaria que con carácter general remita al título constitutivo del usufructo, sin que el contenido de este usufructo conste en los Estatutos.

c) En cuanto al usufructo de acciones no liberadas, a lo que actualmente constituye el contenido del artículo 41, 2.º, se añade lo siguiente: «Si no hubiere cumplido esa obligación cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para realizar el pago, podrá hacerlo el usufructuario, sin perjuicio de repetir contra el nudo propietario».

d) Es nuevo el artículo 42 respecto al pago de compensaciones: «Las cantidades que hayan de pagarse en virtud de lo dispuesto en los tres artículos anteriores podrán abonarse bien en metálico, bien en acciones de la misma clase que las que hubieren estado sujetas a usufructo, calculando su valor por la cotización media del trimestre anterior si cotizaren oficialmente y, en otro caso, por el valor que les corresponda conforme al último balance de la sociedad que hubiere sido aprobado».

e) Usufructo y derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital. El artículo 41 establece las siguientes reglas:

Si el nudo propietario no ejercita o enajena el derecho de suscripción preferente en el plazo de diez días: el usufructuario estará legitimado para proceder a la venta de los derechos o a la suscripción de las acciones.

Si los derechos de suscripción preferente se enajenan (por el nudo propietario o por el usufructuario): el usufructo se extenderá al importe

(23) GARRIGUES y URÍA, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, 1976, pág. 479. Esta misma postura sigue VELASCO ALONSO.

obtenido por la enajenación o a los bienes en que hubiese sido invertido.

Si se suscriben nuevas acciones (por el nudo propietario o por el usufructuario: el usufructo se extenderá a las acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la suscripción.

Si durante el usufructo se ampliase el capital con cargo a los beneficios o reservas constituidas durante el mismo: los nuevos títulos corresponderán al nudo propietario, pero se extenderá a ellos el usufructo.

f) Prenda de acciones. No ha experimentado variación.

g) Embargo de acciones. Se establece la aplicación de las disposiciones relativas a la prenda de acciones, siempre que fuesen compatibles con el régimen específico del embargo.

E) MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS: AUMENTO Y REDUCCIÓN DE CAPITAL

1.º Modificación de Estatutos, en general.

Definía GARRIGUES la modificación de Estatutos como cualquier alteración que se realice en su redacción, tenga o no carácter esencial (24). La modificación estatutaria es una operación de especial trascendencia para la vida social, que ha de realizarse con relativa frecuencia de acuerdo con las vicisitudes porque pasa la entidad y las exigencias de su actividad económica.

En la normativa comunitaria dos supuestos de modificación estatutaria (el aumento y la reducción de capital) están ampliamente tratados en la segunda Directiva; a la modificación estatutaria, en general, sólo se hace referencia en el artículo 2 de la primera Directiva, que la somete a una «publicidad obligatoria» en un Registro Mercantil o Registro de Sociedades. El proyecto estructura el capítulo V de la Ley de Sociedades Anónimas en tres secciones, que se ocupan, respectivamente, de la modificación de Estatutos, del aumento y de la reducción de capital.

En relación a la primera sección, deben distinguirse dos cuestiones:

1. *Procedimiento de modificación de Estatutos.*—Comprende las siguientes etapas (art. 84):

a) Elaboración por los administradores o por los accionistas autores de la propuesta de un informe justificativo de la misma.

(24) JOAQUÍN GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1982, edición revisada por ALBERTO BERCOVITZ.

b) Convocatoria de la Junta, expresando los extremos que hayan de modificarse.

c) Examen por los accionistas de la propuesta de modificación y el informe de la misma (facultad que debe destacarse en la convocatoria).

d) Acuerdo de la Junta con la mayoría del artículo 58.

e) Elevación del acuerdo a escritura pública.

f) Inscripción en el Registro Mercantil y publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil.

En caso de que el acuerdo se adopte en Junta universal y por unanimidad, no serán necesarios los requisitos relativos a la convocatoria, y entendemos que tampoco el examen de la propuesta e informe por los accionistas (en cuanto que es una facultad de éstos a la que pueden renunciar) (25).

2. *Supuestos de modificación de Estatutos:*

a) Modificación que implique nuevas obligaciones para los accionistas, requiere la aquiescencia de los interesados (art. 85, 1).

b) Modificación que consista en restringir la transmisibilidad de acciones nominativas: los accionistas afectados que no hayan votado a favor del acuerdo, no quedan sometidos a él durante un plazo de tres meses, contados desde la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil del extracto de la inscripción del acuerdo (art. 85, 2.º).

c) Modificación perjudicial para una clase de acciones: ha de ser aprobada en Junta general con los requisitos establecidos en el artículo 84, y también por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase en cuestión. El acuerdo de los accionistas afectados ha de adoptarse, con los requisitos prevenidos en el artículo 84, en Junta especial o a través de votación separada en la Junta general (art. 86).

d) Cambio de objeto. Los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo tienen derecho a separarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de sus acciones en los términos que establece el artículo 85, 4.º El artículo 85, 5.º, del proyecto establece que: «El cambio de objeto sólo se hará efectivo cuando, transcurrido el mes mencionado en el apartado anterior, se inscriba en el Registro la declaración de que ningún socio ha hecho uso de su derecho de separación o de haberse reembolsado las acciones de quienes ejercieron ese derecho». En consecuencia, la inscripción requerirá la presentación de dos documentos: 1) Acuerdo de la Junta general. 2) Declaración de los administradores, que deberá ser de fecha posterior en, al menos, un mes.

(25) Es discutible si será necesaria una expresa declaración de renuncia o si, por el contrario, se entiende ésta realizada por el solo hecho de adoptar el acuerdo de modificación de Estatutos como misión de este trámite.

e) Cambio de domicilio. El cambio de domicilio a otra población dentro de territorio español no reviste peculiaridad alguna. El cambio de domicilio dentro de la misma población puede ser acordado por los administradores, haciéndose constar en escritura pública e inscribiéndose en el Registro Mercantil (art. 87, 1.º). El cambio de domicilio a una población extranjera sólo puede realizarse cuando exista un convenio internacional, ratificado por España, que lo permita con el mantenimiento de la misma personalidad jurídica. Los accionistas que no voten a favor del acuerdo tienen, en este caso, derecho de separación (art. 87, 2.º).

f) Cambio de denominación. La única peculiaridad radica en la necesidad de su anuncio en dos periódicos de gran circulación en la provincia o provincias respectivas; requisito también exigible en los casos de cambio de domicilio o modificación del objeto social. Una vez inscrito el cambio de denominación social en el Registro Mercantil, se hará constar en los demás Registros por medio de notas marginales (art. 88).

Debe tenerse en cuenta que el nuevo precepto establece, con relación al anuncio en la prensa, que sin esta publicidad el cambio de denominación, de domicilio o de objeto no podrá inscribirse en el Registro Mercantil; con esto queda superada la doctrina de la Resolución de 21 de marzo de 1987, que entendió que el incumplimiento de la obligación de dar publicidad a los acuerdos en la prensa diaria tiene como único significado la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores, no siendo requisito para la validez del acuerdo ni obstáculo para la inscripción.

2.º Aumento de capital.

1. *Naturaleza y requisitos.*—Siendo el capital social mención necesaria de los Estatutos [art. 13, 5.º, f)], todo aumento o reducción de capital implicará necesariamente la modificación de éstos. En el régimen del proyecto, el aumento de capital, aparte de los requisitos procedimentales que posteriormente examinaremos, podemos señalar los dos siguientes, que pueden calificarse de «estructurales»:

a) Si el contravalor del aumento de capital consiste en aportaciones dinerarias, es requisito previo el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas (salvo en las sociedades de seguros); puede realizarse, sin embargo, el aumento si existe una cantidad pendiente de desembolso que no excede del 3 por 100 del capital social (art. 90, 4.º).

b) La ampliación de capital deberá respetar las ideas fundamentales que configuran la noción de «sociedad anónima»; entre ellas, las que exigen una pluralidad de socios: es de esencia al concepto de sociedad la aportación de bienes y actividad por parte de varios individuos para

obtener un fin común. Dado que no existe ningún precepto en el proyecto que lo contradiga (en la versión definitiva desapareció la referencia que a las situaciones en que una única persona posee todas las acciones hacía el art. 13 del anteproyecto), debe entenderse subsistente la doctrina de la Resolución de 13 de noviembre de 1985, que consideró que no es inscribible una escritura de ampliación de capital en virtud de acuerdo adoptado en Junta celebrada por el único socio, titular de todas las acciones, y que procede a suscribir la totalidad de la ampliación, puesto que si bien nuestro Derecho adopta el criterio de la subsistencia de la sociedad de socio único, ello se debe únicamente al deseo de evitar los perjuicios que se derivarían de la inmediata disolución, pero sin que tal subsistencia pueda quedar al arbitrio del accionista, de forma que si el acuerdo no tiende a reconstruir la normal vida social, sino a perpetuar la anormal situación existente, debe excluirse el acceso de este acuerdo al Registro Mercantil.

2. *Clases.*—Atendiendo a la forma de efectuarlo, puede tratarse de un aumento de capital por emisión de nuevas acciones o por aumento de capital de las ya existentes (art. 89, 1.º). En este segundo caso es necesario el consentimiento de todos los accionistas, salvo en caso de que se haga con cargo a reservas o beneficios de la sociedad (art. 90, 2.º).

En atención a la naturaleza de la contraprestación, el aumento puede realizarse (art. 89, 1.º):

- a) Aumento mediante nuevas aportaciones dinerarias.
- b) Aumento mediante nuevas aportaciones no dinerarias.
- c) Aumento mediante la compensación de créditos contra la sociedad. El crédito ha de ser líquido y exigible, cuando menos, en un 25 por 100, siendo el vencimiento de la parte restante por un plazo no superior a los cinco años [art. 92, 1.º, a)].
- d) Aumento mediante la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en el patrimonio social. En el primer caso podrán utilizarse las reservas disponibles, las primas de emisión y la reserva legal en la parte que exceda del 10 por 100 del capital ya aumentado (art. 93, 1.º). Deberá servir de base a la operación un balance, cerrado en los términos del artículo 93, 2.º
- e) Aumento mediante la conversión de obligaciones en acciones. En este caso, la ampliación se regirá por lo establecido en el acuerdo de emisión de las obligaciones (art. 92, 2.º).

3. *Procedimiento de ampliación.*—Pueden distinguirse las siguientes fases:

a) Convocatoria de la Junta, expresando los extremos de los Estatutos que habrán de modificarse (en este caso, el hecho del aumento de capital: art. 90, 1.º, que remite al 84).

b) Puesta a disposición de los accionistas del informe que deberá elaborarse, justificando el aumento de capital (art. 84, 1.º, 1). En caso de aportaciones no dinerarias deberá, además, ponerse a disposición de los accionistas una memoria de los administradores, en la que se describan con detalle las aportaciones proyectadas, el nombre del aportante, el número y valor nominal de las acciones que hayan de entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes, y un informe en el que se describan y valoren las aportaciones proyectadas (art. 91, 1.º). Si la ampliación se realiza por compensación de créditos, deberá ponerse a disposición de los accionistas una certificación del auditor de cuentas que acredite que una vez verificada la contabilidad social resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión [artículo 92, 1.º, b)].

c) Adopción del acuerdo de ampliación por la Junta, con el quórum del artículo 58 de la Ley (art. 84, 1.º, 4, al que se remite el art. 90, 1.º).

d) Ejecución del acuerdo. La ejecución del acuerdo supone la puesta en circulación de las acciones, es decir, su emisión y ofrecimiento de suscripción. Las acciones deberán desembolsarse en este acto, al menos, en un 25 por 100 (art. 89, 2.º). Cabe la posibilidad de que la ejecución del acuerdo se consume en el propio acto de celebración de la Junta (así, si en este acto las acciones son suscritas totalmente, previo ejercicio o renuncia por los socios a su derecho de suscripción preferentes). Pero también cabe que la Junta delegue en los administradores la facultad de ejecutar un acuerdo ya adoptado, facultándoles para determinar la fecha en que debe llevarse a efecto y las condiciones del mismo; el plazo, en este caso, no podrá exceder de un año, salvo en el caso de conversión de obligaciones en acciones (art. 90) (26).

En los supuestos en que la ejecución del acuerdo no se realice en la propia Junta habrán de cumplirse las siguientes etapas:

a') El acuerdo deberá inscribirse en el Registro Mercantil provincial que corresponda, y publicarse en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil, salvo si las acciones son nominativas, caso en el que podrá sustituirse

(26) La ejecución por los administradores del acuerdo de aumento de capital es un supuesto distinto al del capital autorizado: en éste, los administradores, previa habilitación de la Junta, son los que adoptan la decisión de aumentar el capital; en aquel caso, los administradores se limitan a llevar a efecto una decisión adoptada por la Junta. La posibilidad de que los administradores ejecuten el acuerdo de la Junta General no está contemplada por la vigente Ley de Sociedades Anónimas, pero sí por el artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil.

esta publicación por una comunicación escrita a cada uno de los accionistas (art. 95, 1.º y 2.º).

El Proyecto no alude expresamente a la inscripción en los Registros provinciales, pero entendemos que ésta es necesaria, dado que del proyectado artículo 18 del Código de Comercio se deduce que el Registro Central (del que depende el *Boletín*) recibe los datos necesarios para su funcionamiento de los citados Registros provinciales.

b') Apertura de un plazo, al menos, de un mes desde la publicación o desde el envío de la carta, en el que los accionistas podrán ejercitar su derecho de suscripción preferente (art. 95, 1.º).

c') Si los accionistas no ejercitan este derecho, las acciones podrán ser ofrecidas al público; en este caso, deberá elaborarse un boletín de suscripción, que deberá reunir las circunstancias que indica el artículo 97 del proyecto.

d') Si el aumento de capital no se suscribe íntegramente, el capital solamente se aumentará en la cuantía de las suscripciones efectuadas si las condiciones de la emisión hubiesen previsto expresamente esta posibilidad (art. 99).

e') Los suscriptores pueden pedir la resolución de la obligación de hacer la aportación, y la restitución de las aportaciones efectuadas si transcurridos seis meses desde que se abrió el plazo de suscripción, no se hubieran presentado para su inscripción en el Registro los documentos acreditativos de la ejecución del aumento de capital (art. 99, 2.º).

4. *Supuestos especiales.*—Existen dos supuestos en que el procedimiento expuesto anteriormente sufre una alteración:

a) Cabe la posibilidad de que el acuerdo de aumentar el capital no sea adoptado por la Junta, sino por los administradores. Es el supuesto del artículo 94, que recoge la figura del capital autorizado en términos muy similares al actual artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas.

b) Existen casos en que no hay derecho de suscripción preferente; el artículo 95, 1.º, reconoce esta facultad a los accionistas «en las ampliaciones de capital con emisión de nuevas acciones y en las emisiones de obligaciones convertibles»; luego en los demás supuestos de ampliación de capital parece que no existirá este derecho, tal como dispone el artículo 96, 2.º, que lo excluye en los casos de compensación de créditos u otras aportaciones no dinerarias, de conversión de obligaciones en acciones y de absorción de otra sociedad.

Aparte lo anterior, el artículo 96, 1.º, contempla la posibilidad de que la Junta acuerde la exclusión total o parcial del derecho de suscrip-

ción preferente cuando así lo exija el interés de la sociedad. Para la validez de este acuerdo será necesario que en la convocatoria de la Junta se haya hecho constar la propuesta de supresión y que por los administradores se redacte una memoria en la que justifiquen la propuesta y un informe elaborado bajo su responsabilidad por el auditor de cuentas sobre el valor real de las acciones de la sociedad.

3.º Reducción de capital.

1. *Modalidades.*—Atendiendo a su finalidad cabe distinguir: la reducción que tiene por objeto la condonación de dividendos pasivos o la devolución de aportaciones; la que tiene por objeto el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, y la que tiene por objeto la constitución o el incremento de la reserva legal (art. 100, 1.º).

La reducción de capital para compensar pérdidas o para constituir o ampliar la reserva legal sólo puede llevarse a efecto cuando la sociedad no cuente con reservas voluntarias o cuando la reserva legal no exceda del 10 por 100 del capital [art. 101, *d*), 1.º].

2. *Reducción de capital y capital mínimo.*—El fenómeno de la reducción de capital estará condicionado en el futuro por el hecho de que la sociedad anónima ha de tener un capital mínimo de diez millones de pesetas (27); por tanto, no podrá admitirse una reducción de capital por debajo de esta cifra en aquellos casos en que dicha reducción dependa de la voluntad de la sociedad. El problema se plantea en las reducciones por pérdidas cuando el patrimonio de la sociedad sea, de hecho, inferior a la cifra de diez millones. El artículo 101, *d*), 5.º, establece que sólo podrá acordarse la reducción del capital social por debajo de la cifra mínima establecida en el artículo 4 para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio disminuido por consecuencia de pérdidas, siempre que se acuerde simultáneamente el aumento del capital mediante nuevas aportaciones hasta una cifra igual o superior al mínimo legal (salvo que se acuerde la transformación de la sociedad). El artículo 101, *d*), 6.º, establece que podrá también realizarse la operación a que se refiere el párrafo anterior reduciendo el capital a cero, siempre que se acuerde simultáneamente el aumento de capital según lo previsto en dicho párrafo y respetando el derecho de suscripción preferente de los accionistas.

3. *Procedimiento de aumento de capital.*—Comprende las siguientes fases:

(27) Es de señalar que el artículo 4 del proyecto no establece la cifra de capital como requisito fundacional de la sociedad, sino como elemento esencial de la misma al declarar tajantemente: «El capital social no podrá ser inferior a diez millones de pesetas».

a) Convocatoria de la Junta indicando los extremos de los Estatutos que habrán de modificarse (en este caso, la cifra de capital).

b) Examen por los accionistas de la propuesta de modificación (artículo 84).

c) Adopción del acuerdo por la Junta, con el quórum del artículo 58, expresando, como mínimo, la cifra de reducción del capital, la finalidad de la resolución, el procedimiento mediante el cual la sociedad ha de llevarlo a cabo, el plazo de ejecución y la suma que haya de abonarse, en su caso, a los accionistas (art. 101, 2.º); si la reducción implica amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas y la medida no afecta por igual a todas las acciones, será preciso el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados en la forma prevista por los artículos 84 y 86 (no es sino una aplicación de la regla general, que establece que la modificación perjudicial para una clase de acciones requiere la aprobación de la mayoría de los accionistas pertenecientes a la clase en cuestión).

d) Publicación del acuerdo de reducción en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil y en dos periódicos de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio [art. 101, a)].

e) Plazo de un mes, a contar desde el último anuncio, en el que los acreedores podrán ejercitar la facultad de oponerse a la reducción; en caso de oposición, la reducción no puede llevarse a efecto hasta que la sociedad preste garantía a favor del acreedor, o si existiera discrepancia sobre la adecuación de la garantía, hasta que recaiga sentencia firme sobre el particular [art. 101, b)].

No gozan de la facultad de oponerse los acreedores cuyos créditos se encuentren ya adecuadamente garantizados [art. 101, b), 1.º], ni tampoco en los casos que determina el artículo 101, c): reducción por pérdidas, reducción que tiene por finalidad la constitución o el incremento de la reserva legal y reducción con cargo a los beneficios, las reservas libres o por vía de amortización de las acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito. En este caso, el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o de la disminución del valor nominal de las acciones deberá destinarse a una reserva, de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la modificación del capital social.

4. *Ejecución del acuerdo.*—Siendo las acciones títulos representativos del capital social, la modificación de la cifra de éste ha de llevar aparejada necesariamente una alteración en los títulos; en el aumento de capital, la alteración consiste en la emisión de nuevas acciones; en la reducción de capital caben tres posibilidades:

a) Recogida de todas las acciones para su canje, esto es, entrega de nuevos títulos a los socios.

b) Recogida de las acciones para su estampillado, esto es, para la alteración de su valor nominal.

c) Adquisición por la sociedad de parte de sus acciones para amortizarlas; en este caso, debe ofrecerse la compra a todos los accionistas, bien publicando la propuesta en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil, bien, cuando todas las acciones sean nominativas y así lo hayan previsto los Estatutos, mediante el envío de la propuesta a cada uno de los accionistas [art. 101, e)].

Estas tres posibilidades están contempladas en el artículo 100, 2.º: «La reducción podrá realizarse mediante la disminución del valor nominal de las acciones, su amortización o su agrupación para canjearlas».

F) TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN

1.º Transformación.

El anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación no contemplaba ninguna alteración de los artículos relativos a la transformación de sociedades. El proyecto definitivo modifica tres artículos, que afectan a las siguientes materias:

1. *Derecho de separación de los accionistas.*—El actual artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el acuerdo de transformación sólo vincula a los socios que hayan votado a su favor. El proyecto establece la misma norma en relación a los acuerdos de «... transformación de una sociedad anónima en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones...»; de donde se deduce que no habrá derecho de separación en los casos de transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada (28).

2. *Responsabilidad de los socios.*—En el artículo 139 se sustituye el término «responsabilidad limitada» por el de «responsabilidad ilimitada»; con ello se subsana un error material de la Ley de 1951.

3. *Transformación en sociedad anónima.*—El nuevo artículo 140 exige que a la escritura, que deberá contener todas las menciones nece-

(28) Pero dado que la transformación de anónima en limitada supone la limitación a la posibilidad de transmitir los derechos de socio (la transmisión de las participaciones sociales está sometida a las limitaciones del art. 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), el artículo 85, 3.º, del proyecto establece que los socios que no hubieren votado a favor del acuerdo de transformación no quedarán sujetos a él en el plazo de tres meses, a contar desde la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil; es decir, que en este plazo podrán transmitir libremente sus participaciones.

sarias para la constitución de una sociedad anónima, deberá incorporarse un informe de expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario.

2.º Fusión.

1. *Concepto de fusión.*—El artículo 142 del proyecto dispone: «a) La fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva implicará la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá, en igual forma, los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social en la cuantía que proceda... b) Los socios de las sociedades extinguidas participarán en la sociedad nueva o en la absorbente, recibiendo un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones...».

Con relación a la redacción actual del artículo 142, se aprecia una única modificación: se alude expresamente a la extinción de la sociedad absorbida o de las sociedades que se fusionan para crear otra, suprimiéndose en el primer inciso del primer apartado de este artículo la referencia que se hacía al «previo acuerdo de disolución». Dice ALBERTO BERCOVITZ que con esta modificación se pretende destacar que la fusión no implica un doble acuerdo —disolución y traspaso en bloque del patrimonio social—, sino un acuerdo único que produce diversos efectos: el efecto de la disolución y el efecto del traspaso en bloque del patrimonio (tesis que había sido mantenida por la mayor parte de la doctrina) (29).

2. *Ambito de aplicación.*—La determinación de las sociedades que pueden fusionarse plantea las siguientes cuestiones:

a) Tipos de sociedades. La tercera Directiva se refiere exclusivamente a la fusión de sociedades anónimas; el proyecto, siguiendo la legislación vigente, tiene un contenido más amplio al regular «la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva» y «la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente», es decir, los artículos 142 y siguientes se aplicarán cualquiera que sea la naturaleza de la sociedad absorbida o de las que se fusionan, siempre que la absorbente o la nueva sociedad que se crea sean situaciones anónimas.

b) Situación de las sociedades. Innovación del proyecto es el artículo 142, 3.º, que permite que las sociedades en liquidación puedan partici-

(29) ALBERTO BERCOVITZ: «La fusión de sociedades», en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, varios autores, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

par en una fusión siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas.

c) Nacionalidad de las sociedades. Las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del proyecto son de aplicación únicamente a la fusión de sociedades españolas. Ha de tenerse en cuenta que la actual normativa comunitaria no trata de establecer un Estatuto jurídico único para todas las sociedades anónimas europeas, sino de armonizar las garantías que las diversas legislaciones establecen a favor de los terceros que se relacionan con la sociedad en relación con el principio de libertad de establecimiento); en esta línea, la tercera Directiva se ocupa de la fusión de sociedades que están sometidas a la legislación de un solo y mismo Estado miembro, sin plantearse la posibilidad de una fusión transfronteriza. La creación de un mercado único hará inevitable en el futuro la fusión de sociedades de distintos Estados; el artículo 220 del Tratado constitutivo de la CEE establece que los Estados miembros celebrarán entre ellos, cuando sea necesario, negociaciones dirigidas a asegurar la posibilidad de fusiones transfronterizas; en la actualidad no se ha celebrado ningún tratado de este tipo. Tampoco ha prosperado la propuesta de décima Directiva, presentada en 1985, sobre fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

El único instrumento que hoy por hoy tienen a su alcance las sociedades que desean colaborar en una determinada actividad es el Reglamento (CEE) 2137/1985, de 25 de julio, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico. No es fácil determinar la naturaleza de esta «agrupación»; no obstante, existe una clara diferencia con relación a la fusión: no supone la extinción de las entidades que la integran, ya que la finalidad de la agrupación no es la creación de una nueva entidad que incorpore las actividades y operaciones de otras de menor tamaño, sino facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros para permitirles mejorar sus propios resultados.

3. *Tipos de fusión.*—El artículo 142 del proyecto mantiene la distinción entre las dos modalidades clásicas de la fusión:

a) La fusión propiamente dicha o fusión por creación de una nueva sociedad [el art. 148, c), 3.º, del proyecto habla de «constitución por fusión»], que implica la extinción de todas las entidades intervinientes. El artículo 4 de la tercera Directiva dice que «... se considerará como fusión por constitución de una nueva sociedad la operación por la que varias sociedades transfieren a una sociedad que constituyen, como consecuencia de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a sus accionistas de acciones de la nueva sociedad...».

b) La fusión por absorción [el art. 148, c), 3.º, habla de «amplia-

ción de capital por absorción»), que implica únicamente la extinción de las sociedades absorbidas. El artículo 3 de la tercera Directiva declara que «... se considerará como fusión por absorción la operación por la cual una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a los accionistas de la o de las sociedades absorbidas de acciones de la sociedad absorbente...».

A diferencia de la tercera Directiva, que toma como modelo por ser el supuesto más frecuente) la fusión por absorción (capítulo II, arts. 5 a 22), dedicando a la fusión por constitución de una nueva sociedad únicamente su artículo 23 (en el que se limita a remitirse a las normas anteriores), el proyecto da una regulación unitaria a ambas figuras, criterio que ha de considerarse acertado, pues, como apunta URÍA, la doble modalidad de la fusión no hace variar la esencia íntima del fenómeno jurídico, pues en ambos casos se produce la unificación de patrimonios, y de relaciones jurídicas, que es característica de la fusión. La diferencia entre ambos procedimientos de fusión es puramente externa y formal, no sustancial.

4. *Efectos de la fusión.*—De los artículos 3 y 4 de la tercera Directiva y del artículo 142 del proyecto pueden deducirse los siguientes efectos de la fusión, que coinciden sustancialmente con los del Derecho vigentes:

a) Extinción de todas o alguna de las entidades que intervienen en la fusión. El artículo 150 (no modificado por el proyecto) de la vigente Ley establece como causa de disolución «... la fusión o absorción a que se refieren los artículos 142 y 148...». Regístralmente procede el cierre de las hojas de las sociedades extinguidas (art. 137 del Reglamento del Registro Mercantil). La reforma proyectada no afecta a la doctrina de la Resolución de 21 de julio de 1971, que consideró no inscribible en el folio de la sociedad absorbente una escritura de fusión de sociedades mercantiles por absorción de una de ellas, que aparece inscrita en Registro distinto, sin que conste previamente en él la disolución de esta última.

b) Traspaso en bloque del activo y pasivo de las sociedades que se extinguen a la nueva sociedad que se crea o a la absorbente. lo que explica la no liquidación de aquéllas (art. 155 de la Ley vigente, que no se modifica); como señala URÍA, si en la fusión pasa en bloque el patrimonio (activo y pasivo) de una sociedad a otra que incorpora, además, a los socios de la primera, huelga hablar de liquidación, porque no existirán deudas a extinguir, ni créditos a cobrar, ni activo a repartir entre los socios. El proyecto definitivo contiene en este punto, en relación con el

anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación, algunas innovaciones: se destaca que la adquisición de la nueva sociedad o de la absorbente es «por sucesión universal», y se añade un último inciso al artículo 142, 1.º, que declara que «... la sucesión universal no es oponible a terceros de buena fe respecto de aquellos bienes y derechos cuya transmisión está sujeta a formalidades especiales...».

La posibilidad de que las legislaciones de los Estados adopten una disposición de este tipo está contemplada en el artículo 19, 3.º, de la tercera Directiva (que especifica que estas formalidades pueden ser cumplidas por la sociedad absorbente o por la absorbida, si bien esta última sólo dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que hubiese surtido efectos la fusión). En nuestra opinión, se trata de una norma que no es congruente con el sistema general de la fusión. En primer término, conviene destacar que la regla general en nuestro Derecho es el principio de libertad de forma (art. 1.278 del Código Civil), no existiendo, en principio, «requisitos de forma» para la validez de una transmisión: los bienes muebles se transmiten mediante contrato y tradición (cualquiera que sea el modo en que aquél se hubiera celebrado); lo mismo puede decirse con relación a los inmuebles: la escritura es un requisito *ad probationem* (art. 1.280, 1.º, del Código Civil) y la inscripción es voluntaria y declarativa con efectos de protección al adquirente y oponibilidad a terceros (arts. 34 y 32 de la Ley Hipotecaria); en cuanto a la cesión de créditos, su plena eficacia está sometida a un requisito (no una formalidad): la comunicación al deudor (artículo 1.527). Aun cuando se entendiera que el artículo 142 del proyecto hace referencia a los requisitos anteriores, ello no eliminaría las dificultades; las normas anteriormente citadas se refieren fundamentalmente a actos *inter vivos*, en los que transmitente y adquirente conservan su personalidad tras la transmisión, de forma que la Ley puede establecer (en atención a determinadas finalidades: protección de sucesivos adquirentes o acreedores) que los terceros puedan considerar el bien en el patrimonio del transmitente en tanto no se cumplan determinadas formalidades. La fusión, por el contrario, se asemeja más a las transmisiones *mortis causa*, en cuanto que se trata de una transmisión asociada a un fenómeno extintivo (implica la fusión de las sociedades que se fusionan o de la absorbida), de forma que no cabe pensar que los terceros pueden, en tanto no se cumplan ciertas formalidades, considerar los bienes en el patrimonio del transmitente, por cuanto que éste ya no existe [y este hecho se presume conocido por todos en razón de la publicidad del Registro Mercantil (art. 2 del Reglamento del Registro Mercantil), con lo que es dudosa incluso la posibilidad de buena fe en el tercero].

c) Atribución a los socios de las sociedades extinguidas de un número de acciones de la sociedad creada o de la absorbente proporcional al que les correspondía en aquéllas. Apunta ANGEL ROJO que el proyecto se limita a exigir que se respete la proporcionalidad de la participación del socio, de ahí que sea indiferente que las acciones que se entreguen a los accionistas de las sociedades disueltas y extinguidas coincidan o no en cuanto al número con las acciones antiguas, que sean del mismo o de diferente valor nominal, que sigan o no idéntica Ley de circulación: es perfectamente posible entregar acciones al portador a cambio de acciones nominativas y viceversa, pero habrá de entenderse que si se entregan

acciones que tengan restringida su libre transmisibilidad en lugar de acciones libremente transmisibles, los accionistas afectados que no hayan votado a favor del acuerdo de fusión —además del derecho de separación— no quedarán sometidos a la restricción o condicionamiento durante un período de tres meses, contados a partir de la publicación de la fusión en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil (art. 85, 2.º) (30).

Las innovaciones del proyecto en este punto son las siguientes:

1.ª Aun cuando la contraprestación a recibir por los socios de las sociedades extinguidas está constituida ordinariamente por acciones de la sociedad que se crea o de la absorbente, se admite, en ciertos supuestos, una compensación en dinero; dice el artículo 142, 2.º: «... Cuando sea preciso para ajustar la relación de canje de las acciones podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de las acciones atribuidas...».

2.ª El artículo 148, *b*), del proyecto establece que si la sociedad absorbente fuera titular de todas las acciones de la sociedad absorbida, no procederá el aumento de capital de aquélla. El fundamento de este precepto es claro: en estos casos, la absorción no supone una efectiva aportación patrimonial a la sociedad absorbente, y en caso de procederse a la ampliación de capital con emisión de nuevas acciones, se infringiría el artículo 33 de la Ley. La solución que prevé el proyecto es la que en la actualidad se sigue en la práctica y aparece indirectamente recogida en el actual artículo 142, que alude al aumento, «en su caso», del capital social en la cuantía que proceda luego existen supuestos en los que no procede ampliar el capital).

3.ª El mismo fundamento tiene el nuevo artículo 143: las acciones de las sociedades que se fusionan, que estuvieran en poder de cualquiera de ellas o en poder de otras personas que actuasen en su propio nombre, pero por cuenta de esas sociedades, serán amortizadas y no podrán canjearse por acciones de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad que resulte de la fusión.

4.ª El proyecto contempla expresamente la situación de los tenedores de títulos distintos de las acciones (como obligacionistas, tenedores de bonos de fundador, de bonos de disfrute, etc.). El artículo 148, *b*), establece que los tenedores de títulos de las sociedades que se extinguen por la fusión, distintos a las acciones, que otorgan derechos especiales, han de disfrutar en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad resultado de la fusión de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida, a no ser que la modificación de tales derechos

(30) ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «La fusión de sociedades anónimas», en *La reforma del Derecho español de sociedades anónimas*, varios autores, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

hubiera sido aprobada por la asamblea de tenedores de estos títulos o por los tenedores individualmente.

5. *Procedimiento de fusión.*—En la vigente Ley de Sociedades Anónimas, el procedimiento de fusión comprende las siguientes etapas: 1) Acuerdo de fusión, adoptado en Junta general con los requisitos del artículo 58. 2) Publicación del acuerdo en la forma establecida para la transformación de la sociedad. 3) Plazo de tres meses en los cuales los acreedores pueden manifestar su oposición y los socios disidentes ejercitar el derecho de separación. 4) Una vez transcurrido este plazo, otorgamiento de la escritura e inscripción en el Registro Mercantil. Con anterioridad a estas operaciones han tenido que existir unas conversaciones preliminares en las que los administradores de la sociedad que intervienen en la fusión señalan las líneas fundamentales de la misma; no obstante, la vigente normativa no alude a las mismas. El anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación respetaba en lo fundamental el esquema anterior, acentuando la protección de accionistas y terceros (a través de una fase de información a los socios, informe de expertos independientes, publicidad del acuerdo de fusión). El proyecto definitivo presenta una innovación fundamental: la eliminación del derecho de separación del accionista. El anteproyecto había mantenido esta facultad en términos similares a los de la Ley de 5 de diciembre de 1968, por entender que si bien no estaba contemplada en la normativa comunitaria, no por ello contravenía lo dispuesto en las Directivas (cuya finalidad es la protección de accionistas y terceros), y en cualquier caso constituía una importante garantía para el accionista. El proyecto, siguiendo fielmente la tercera Directiva, elimina esta facultad; resulta difícil hacer una valoración de este cambio de criterio (que la nueva exposición de motivos no justifica), sin duda facilitará la fusión de las sociedades españolas —objetivo económico indispensable de cara a la existencia de un mercado único—, pero, por otro lado, supone el empeoramiento de la situación de los grupos de accionistas minoritarios, con la posibilidad de abusos.

En la regulación del proyecto, el procedimiento de fusión comprende las siguientes etapas:

1.^a Proyecto de fusión. Elaborado por los administradores de las sociedades que se fusionan, y que deberá contener, como mínimo, las siguientes menciones: *a*) Denominación, naturaleza y domicilio de las sociedades que participan en la fusión (y de la nueva sociedad, en su caso), así como los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil. *b*) El tipo de canje de las acciones (determinado según el valor real del patrimonio y la compensación en metálico que, en su caso,

se hubiera previsto. *c)* Procedimiento de canje de los títulos y fecha a partir de la cual las nuevas acciones darán derecho a dividendo. *d)* Fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extinguen habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a que traspasan su patrimonio. *e)* Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad que se constituya a los titulares de acciones de clases especiales y a quienes tengan títulos distintos de las acciones. *f)* Las ventajas que vayan a observarse a los expertos mencionados en el artículo 148 y a los administradores y auditores.

2.^a Convocatoria de la Junta. El artículo 144, *b)*, dispone que habrá de publicarse bajo el título «proyecto de fusión» con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha prevista para la celebración de la Junta, debiendo incluir las menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente exigibles, y hará constar el derecho que corresponde a todos los accionistas, obligacionistas y tenedores de títulos distintos de las acciones de examinar en el domicilio social los documentos indicados en el artículo 145, así como el de pedir la entrega o envío gratuitos del texto íntegro de los mismos.

La convocatoria ha de contener el orden del día de la Junta, y en éste deberá mencionarse necesariamente el balance de fusión (art. 147, 3.^o). Este balance de fusión puede ser el último balance anual aprobado, siempre que hubiese sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de celebración de la Junta; en su defecto, será necesario un balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del procedimiento de fusión (art. 147, 1.^o).

3.^a Puesta a disposición de los accionistas de los siguientes documentos (art. 145): *a)* Proyecto de fusión, a que se refiere el artículo 146. *b)* El balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria explicativa y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que participan en la fusión, junto con los correspondientes informes de los auditores de cuentas. *c)* El balance de fusión, acompañado del informe de los auditores de cuentas. *d)* Los informes que deben elaborar los administradores de las sociedades que participan en la fusión para justificar el proyecto de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos. *e)* Los informes que sobre la fusión han de emitir expertos independientes en los términos del artículo 148. *f)* Proyecto de escritura de fusión o de modificación de Estatutos por absorción. *g)* Estatutos vigentes de las sociedades que participen en la fusión. *h)* Relación de los administradores de éstas.

4.^a Celebración de la Junta y adopción del acuerdo con las forma-

lidades de los artículos 84 y 86. El artículo 84 remite, a su vez, al quórum especial del artículo 58.

5.^a El acuerdo de fusión, una vez adoptado, ha de publicarse tres veces en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil y en dos periódicos de gran circulación de las provincias en que cada una de las sociedades tengan sus domicilios. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los accionistas y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión [art. 144, ap. d)]; en la publicación del acuerdo debe hacerse también referencia al derecho de oposición de los acreedores [art. 148, b), 2.º]. Dado que del proyectado artículo 18 del Código de Comercio se deduce que el Registro Central (del que depende el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil) obtiene los datos necesarios para su funcionamiento de los respectivos Registros provinciales, es claro que la inscripción del acuerdo de fusión en el Registro provincial será previa a la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil.

6.^a Transcurso del plazo de un mes a contar desde el último de los anuncios anteriores, en el que los acreedores podrán oponerse a la fusión. En este punto, la tercera Directiva se limita a declarar genéricamente que las legislaciones de los Estados miembros establecerán un «sistema de protección adecuado» (que puede ser distinto para los acreedores de la sociedad absorbente y para los de la absorbida); en su artículo 22, f), establece que la oposición de terceros a la fusión sólo será admisible dentro de un plazo de seis meses, contados desde la publicación del acuerdo. En el proyecto, el artículo 148, a), dispone que la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio del acuerdo, a que se refiere el apartado d) del párrafo 1.º del artículo 144. Si durante este plazo, el titular de un crédito ordinario frente a alguna de las sociedades que se fusionan, nacido con anterioridad a la fecha de publicación de la convocatoria de la Junta que decidió la fusión, se opusiera por escrito a la misma, ésta no podrá llevarse a cabo si sus créditos no son enteramente satisfechos o si, previamente, la sociedad deudora no aporta garantía suficiente para los mismos. Los acreedores no podrán oponerse al pago, aunque se trate de créditos no vencidos.

7.^a Otorgamiento de la escritura de fusión. Las sociedades que se fusionan harán constar el acuerdo de fusión aprobado por sus respectivas Juntas en escritura pública, que habrá de contener el balance de fusión de las sociedades que se extingue y el balance final de dichas sociedades cerrado al día anterior del otorgamiento de la escritura [art. 148, c), 1.º]. Si la fusión se realiza mediante la creación de una nueva sociedad, la escritura deberá contener, además, las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma; si se realizara por absorción,

la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la absorbente con motivo de la fusión y el número y clase de las acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas.

8.^a Inscripción de la escritura en el Registro Mercantil. Nos ocuparemos específicamente de esta cuestión.

Hasta ahora hemos examinado el procedimiento «ordinario» de fusión, pero cabe plantearse cuáles serán los trámites y requisitos si los acuerdos de fusión se adoptan por unanimidad en Junta universal. Hay requisitos que, sin duda, desaparecen (por ejemplo, los relativos a la convocatoria de la Junta); en otros casos resulta muy aventurado apuntar una solución. No obstante, parece razonable entender que se habrán de mantener únicamente aquellos requisitos establecidos en interés de los acreedores, quedando el proceso de fusión configurado de la siguiente manera:

1. Elaboración del proyecto de fusión y del balance de fusión, que no son únicamente un medio de información de los accionistas, sino también una garantía para los acreedores, tal como se deduce del artículo 144, *d*), que establece que los acreedores pueden solicitar el examen del balance y del acuerdo de fusión (este último ha de contener el proyecto).
2. Adopción del acuerdo por la Junta e inscripción del mismo en el Registro Mercantil.
3. Publicación del acuerdo.
4. Transcurso del plazo de un mes.
5. Otorgamiento de la escritura de fusión.
6. Inscripción de la escritura de fusión.

En cuanto a la información de los accionistas, que prevé el artículo 145 del proyecto, nos inclinamos a pensar que en caso de Junta universal puede prescindirse de ella (en definitiva, se trata de un derecho de los accionistas, al que pueden renunciar, de acuerdo con el art. 6, 2.º, del Código Civil) (31).

6. *La fusión y el Registro Mercantil.*—La tercera Directiva exige la publicidad del acuerdo de fusión como medida indispensable de protección a terceros (art. 18), pero al mismo tiempo exige, bien un previo control administrativo o judicial de la legalidad, bien que los acuerdos de las Juntas y el contrato de fusión se formulen en «acta autenticada» por Notario o autoridad competente. El Derecho español exige ambos requisitos simultáneamente: escritura pública e inscripción. Esta última no sólo tiene por finalidad la publicidad, sino también el control de la legalidad a través de la calificación (arts. 5 y 44 del Reglamento del Registro Mercantil), de forma que el Registrador deberá comprobar el cumplimiento de todos los requisitos y trámites del procedimiento de fusión. Entendemos que debe distinguirse:

(31) El problema es si esta renuncia habrá de ser expresa o tácita; si será preciso que los accionistas manifiesten expresamente (todos ellos) su voluntad de no ejercitar el derecho de información, o si, por el contrario, se entenderá que lo renuncian por el hecho de adoptar, con conocimiento de haberse omitido este trámite, por unanimidad el acuerdo de fusión.

a) Inscripción del acuerdo de fusión. Como antes indicábamos, la inscripción de los acuerdos de fusión en los Registros provinciales no está prevista expresamente, pero se deduce con claridad del proyectado artículo 18 del Código de Comercio. El título material está constituido por el acuerdo de fusión adoptado por las Juntas generales con los requisitos del artículo 58 de la Ley; en cuanto al título formal, habrá que estar a la regla general (art. 8 del Reglamento del Registro Mercantil), que exige documento público. En nuestra opinión, el Registrador deberá exigir, además:

1.º Presentación de: el proyecto de fusión con los requisitos del artículo 146, el balance de fusión con el informe que deben emitir los auditores de cuentas, el informe que sobre la fusión han de emitir expertos independientes y el informe de los administradores.

2.º Acreditar la convocatoria de la Junta en los términos del artículo 144, b), del proyecto (salvo si es universal).

3.º Manifestación de que se pusieron a disposición de los accionistas los documentos que se detallan en el artículo 145, en el plazo y condiciones que este precepto establece (hay que estar a la manifestación de las partes, ya que al ser una cuestión de hecho no cabe prueba de la misma en el ámbito del procedimiento registral).

El artículo 145 establece, además, que deberá ponerse a disposición de los accionistas el proyecto de escritura de fusión (o de modificación de Estatutos de la sociedad absorbente); entendemos que en esta fase no existe una ineludible necesidad de presentar dicho proyecto en el Registro (la escritura, una vez otorgada, será calificada en un momento posterior), pero sí será extremadamente conveniente hacerlo, a efectos de que el Registrador pueda advertir de los posibles defectos de la misma (defectos que, de tener carácter insubsanable, harían volver a iniciar todo el procedimiento de fusión, con las correspondientes pérdidas de tiempo y trabajo).

Una vez practicada la inscripción del acuerdo, se notificará al Registro Central, que procederá a su publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil.

b) Inscripción de la escritura de fusión. El título para practicar el asiento será la escritura, que deberá contener los requisitos que enumera el artículo 148, d), 3.º y 4.º Además, deberá el Registrador:

1.º Exigir que se acredite la publicación de los anuncios del acuerdo de fusión (en los que debe hacerse referencia a la facultad de oposición de los acreedores).

2.º Verificar el transcurso de un mes desde el último anuncio.

3.º En caso de que no haya acreedores que se opongan a la fusión deberá manifestarse así en la escritura.

4.º Deberá aportarse (incorporado a la escritura) el balance final, cerrado el día anterior al otorgamiento de ésta.

7. *Nulidad de la fusión.*—Se ocupa de la materia el artículo 148, e), del proyecto, en términos muy similares a los del artículo 22 de la tercera Directiva; podemos destacar las siguientes notas:

a) La acción de nulidad contra una fusión ya inscrita sólo puede fundarse en la nulidad o anulabilidad de los correspondientes acuerdos de la Junta General de accionistas, y deberá dirigirse contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad resultado de la fusión.

b) El plazo para el ejercicio de la acción es de seis meses, contados desde la fecha en que la fusión fue oponible a quien invoca la nulidad.

c) Si fuera posible eliminar la irregularidad, el Juez concederá plazo adecuado.

d) La sentencia que declare la nulidad habrá de publicarse en el Registro Mercantil, se publicará en su *Boletín Oficial*, y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión. De estas obligaciones, cuando sean a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, responderán solidariamente las sociedades que participaron en la fusión.

3.º Escisión.

1. *Concepto de escisión.*—En un sentido amplio podemos entender por escisión aquella operación mediante la que se divide total o parcialmente el patrimonio de una sociedad (esto es, la totalidad de sus relaciones jurídicas activas y pasivas) para transmitir, sin liquidación, las masas patrimoniales resultantes a otras sociedades preexistentes o que se crean con este objeto.

La escisión carece de regulación en la vigente Ley de Sociedades Anónimas, si bien se admite en la práctica (al menos, en su modalidad de escisión parcial o impropia) y ha sido tomada en consideración por disposiciones de carácter fiscal. El artículo 15 de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, dice que a los efectos de la misma, «... se entenderán por operaciones de escisión: a) La extinción de una sociedad y la división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasará en bloque a una sociedad de nueva creación o será absorbido por una sociedad ya existente, recibiendo los socios o partícipes de la sociedad que se extingue un número de acciones de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional al valor de sus respectivas participaciones en aquélla. b) La división del patrimonio de una sociedad sin extinguirse, traspasando en bloque una o varias partes del mismo a las sociedades de

nueva creación o a las sociedades ya existentes a cambio de las acciones de tales sociedades. Dichas acciones recibidas podrán mantenerlas en su activo las sociedades escindidas o entregarlas a sus socios o partícipes, en cuyo caso reducirán capital en la cuantía precisa...».

El proyecto regula la escisión siguiendo las líneas fundamentales de la sexta Directiva; debe destacarse que las normas comunitarias no imponen la admisión de esta figura, ya que el artículo 1 de la Directiva citada dispone que los Estados miembros quedarán vinculados por la misma cuando las respectivas legislaciones nacionales admitan la escisión (en cualquiera de sus modalidades). El proyecto se ocupa de esta materia en sus artículos 149 a 149, e), disponiendo el artículo 149, 4.º, que en defecto de norma específica se aplicarán las normas de la fusión, entendiendo que las referencias a la sociedad absorbente o a la nueva sociedad resultante de la fusión equivalente a referencias a las sociedades beneficiarias de la escisión.

2. *Clases de escisión:*

a) *Escisión propia.* Es aquella que supone la extinción de la sociedad que se escinde, y que aparece definida en el artículo 149, 1, 1.º, del proyecto: «1. Se entiende por escisión: 1.º La división de todo el patrimonio de una sociedad anónima que se extingue en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente...». El último inciso de este precepto recoge la distinción entre «escisión por absorción» y «escisión por constitución de una nueva sociedad», que recogen también los artículos 2 y 21 de la sexta Directiva.

b) *Escisión impropia (o escisión parcial, en la terminología del proyecto).* Es aquella en que una sociedad traspasa parte de su patrimonio sin extinguirse; alude a la figura el artículo 25 de la sexta Directiva (con la denominación de «operación asimilada a la escisión», y la define el artículo 149, 1, 2.º, del proyecto al declarar: «1. Se entiende por escisión: ... 2.º La segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes». En ambas modalidades, las sociedades beneficiarias de la escisión pueden tener forma mercantil diferente a la de la sociedad que se escinde (art. 149, 3.º, del proyecto).

3. *Efectos de la escisión:*

a) *En la escisión propia:*

1.º Extinción de la sociedad que se escinde.

2.º División de todo su patrimonio en dos o más partes y traspaso del mismo. La escisión propia requiere, por tanto, la intervención de,

al menos, tres sociedades: la escindida y dos más; si todo el patrimonio de la sociedad que se extingue fuera atribuido a una sola sociedad estaríamos ante un supuesto de fusión por absorción.

3.º Atribución a los socios de la sociedad que se extingue, en proporción a sus respectivas participaciones de acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias. Las acciones de la sociedad que se escinde habrán de estar totalmente desembolsadas (art. 149, 2.º).

4.º En cuanto a problema fundamental de la escisión: la responsabilidad por las deudas de la sociedad escindida, del proyecto resulta el siguiente sistema:

a') Cada una de las sociedades beneficiarias responderá de las deudas que haya asumido en el acto de escisión [el proyecto no establece expresamente esta solución, pero se deduce de una interpretación *contrario sensu* del art. 149, e)].

b') En defecto de cumplimiento por una sociedad beneficiaria de una obligación asumida por ella en virtud de escisión, responderán solidariamente del cumplimiento de la misma las restantes beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas [artículo 149, e)].

c') Si una deuda no es atribuida a una sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión, y la interpretación de éste no permite decidir sobre su reparto, responderán solidariamente de la misma todas las sociedades beneficiarias [art. 149, b), 3.º].

b) En la escisión impropia o escisión parcial:

1.º Mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad que escinde parte de su patrimonio.

2.º Segregación de una o varias partes del patrimonio de esta sociedad (en este tipo de escisión basta, por tanto, la intervención de dos sociedades). El artículo 149, a), 1.º, del proyecto establece que en el caso de escisión parcial, la parte del patrimonio social que se divida o segregue deberá formar una unidad económica. El valor de lo segregado deberá ser superior a la quinta parte del patrimonio de la sociedad que se segrega.

3.º Atribución de las acciones o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias, bien a la sociedad que escinde parte de su patrimonio, bien a sus accionistas, supuesto en el cual la sociedad que se escinde deberá reducir simultáneamente capital; en este último caso, al igual que sucede en la escisión propia, las acciones de la sociedad que se

escinde deberán estar totalmente desembolsadas (art. 149, 2.º, del proyecto).

4.º En cuanto a la responsabilidad por las deudas de la sociedad que se escinde, el proyecto contiene dos normas:

a') Artículo 149, e): «... si la sociedad escindida no ha dejado de existir como consecuencia de la escisión, la propia sociedad escindida (responderá) por la totalidad de la obligación...».

b') Artículo 149, a), 2.º: «En caso de escisión de parte del patrimonio social, si la parte que se divide o segrega está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, además de los otros efectos podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa» (32).

4. *Procedimiento de escisión.*—El proyecto no regula de forma sistemática el procedimiento de escisión, sino que se limita a destacar las peculiaridades del mismo frente al procedimiento de fusión. Por ello, con fundamento en la norma del artículo 149, 4.º, entendemos que habrán de cumplirse las mismas fases antes señaladas para la fusión, con las siguientes características:

a) Proyecto de escisión. En el mismo, además de las menciones exigidas para el proyecto de fusión, deberá hacerse referencia a la descripción y el reparto de los elementos del patrimonio activo y pasivo que han de transmitirse a cada una de las sociedades beneficiarias, y al reparto entre los accionistas de la sociedad escindida de las acciones o partes que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funde este reparto [art. 149, b)].

b) Informe de los administradores. Debe expresar que han sido emitidos, para cada una de las sociedades beneficiarias, los informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en la presente Ley, así como indicar el Registro Mercantil en que este último informe debe depositarse [art. 149, c)].

(32) Aun cuando el proyecto no hubiera establecido la responsabilidad de la sociedad que se escinde por la totalidad de sus obligaciones anteriores, se habría llegado a la misma solución, puesto que la escisión parcial implica, en definitiva, la salida de determinados bienes del patrimonio del deudor, circunstancia que de por sí no altera la relación obligatoria (art. 1.911). La responsabilidad de la sociedad beneficiaria sólo es aludida por el proyecto en los supuestos del artículo 149, a), 2.º; fuera de estos casos parece que habrá de excluirse su responsabilidad (salvo novación con el consentimiento de la sociedad beneficiaria y el deudor: art. 1.205 del Código Civil). Cabe, sin embargo, en todo caso, una responsabilidad indirecta, en cuanto que la escisión parcial implica una salida de bienes del patrimonio del deudor que puede legitimar a los acreedores para el ejercicio de la acción subrogatoria (art. 1.111 del Código Civil).

c) Informe de expertos independientes. Las sociedades beneficiarias de la escisión deberán someter las aportaciones no dinerarias procedentes de la sociedad escindida al informe de expertos independientes, previsto en la presente Ley.

4.º Disolución y liquidación.

El proyecto modifica los artículos 150 y 152 de la Ley de Sociedades Anónimas, introduciendo las siguientes modificaciones:

1. Se contemplan dos nuevas causas de disolución: la paralización de los órganos sociales de manera que resulte imposible su funcionamiento y la escisión total.

2. En cuanto a la disolución por pérdidas, se establece que tendrá lugar (salvo aumento de capital) cuando éstas hayan dejado reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social (en la actualidad, la cifra es de un tercio).

3. Se contempla la posibilidad de que los accionistas puedan solicitar la disolución judicial de la sociedad si la Junta no la acuerda en los casos de los números 2.º, 3.º y 6.º del artículo 150: conclusión de la empresa o imposibilidad manifiesta de realizarla, paralización de los órganos sociales, pérdidas, causas establecidas en los Estatutos.

Las nuevas causas de disolución tienen un precedente en la Ley de 2 de agosto de 1984, de Ordenación del Seguro Privado, cuyo artículo 3 considera como causas de disolución: la inactividad de los órganos sociales, de manera que resulte imposible su funcionamiento [apartado c)], y el haber sufrido pérdidas en cuantía superior al 50 por 100 del capital social.

G) LA JUNTA GENERAL Y LOS ADMINISTRADORES

1.º La Junta general (arts. 51, 56, 58, 60 y 67 a 70 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas).

Las innovaciones se contienen en los citados artículos, respecto al quórum de constitución y al quórum especial, a la representación en la Junta, a la Junta extraordinaria y al procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales.

1. *Quórum ordinario de constitución:*

«1. La Junta general de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el 25 por 100 del capital con derecho a voto. Los Estatutos podrán fijar un quórum superior. 2. En segunda convocatoria será válida la constitución de la Junta cualquiera que sea el capital concurrente

a la misma, salvo que los Estatutos establezcan un quórum especial» (artículo 51).

— En primera convocatoria será necesario, al menos, el 25 por 100 del capital con derecho a voto, teniendo en cuenta:

- a) Que los accionistas podrán concurrir por sí o representados.
- b) Que se trata de un quórum legal mínimo, por lo que podrá reforzarse en los Estatutos.
- c) Que se suprime la alternativa que el anterior artículo 51 ofrecía entre personal o capital («la Junta general ordinaria quedará válidamente constituida —decía— en primera convocatoria cuando concurren a ella la mayoría de los socios, o cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representan, por lo menos, la mitad del capital desembolsado») para exigirse únicamente y en todo caso la concurrencia de capital (33).

— En segunda convocatoria podrá celebrarse la Junta cualquiera que fuera el capital concurrente, teniendo en cuenta:

- a) Que los accionistas podrán concurrir por sí o representados.
- b) Que, al igual que en el supuesto anterior, se trata de un quórum legal mínimo reforzable en Estatutos.

2. *Quórum especial:*

«1. Para que la Junta pueda acordar válidamente la emisión de obligaciones, el aumento o la disminución de capital, la transformación, fusión, escisión o disolución de la sociedad y, en general, cualquier modificación de los Estatutos sociales, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el 50 por 100 del capital con derecho a voto. 2. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25 por 100 de dicho capital. Cuando concurren accionistas que representen menos del 50 por 100 del capital con derecho a voto, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior sólo podrán adoptarse válidamente con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta» (art. 58).

— En primera convocatoria será necesario el 50 por 100 del capital con derecho a voto, teniendo en cuenta:

- a) Que los accionistas podrán concurrir por sí o representados.

(33) La Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 22 de febrero de 1980 y otras) ha venido entendiendo hasta la fecha que el todavía vigente artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas contiene una alternativa entre personas o capital para la válida constitución de la Junta, de la que no es posible privar estatutariamente a los socios.

- b) Que aunque el precepto no lo diga tan rotundamente como el artículo 51 respecto al quórum ordinario, la frase «al menos» da pie para pensar que se trata también de un quórum legal mínimo reforzable en los Estatutos; además, si se permite tal posibilidad para el quórum ordinario, no se ve razón para prescindir de ella en el especial.
- c) Que al igual que respecto al quórum ordinario, se suprime el doble juego entre personas y capital, del anterior artículo 58, centrándose exclusivamente en el capital cualquiera que fuesen las acciones.

— En segunda convocatoria será necesaria la concurrencia del 25 por 100 del citado capital, o será igualmente suficiente, en todo caso, la asistencia de los dos tercios de aquél. Son de tener en cuenta los párrafos a), b) y c) dichos respecto al supuesto anterior.

3. No obstante la reforma, no cabe olvidar que, conforme al artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas, el sistema de funcionamiento de la Junta general sigue siendo el de mayorías, por lo que no será válido el pacto estatutario que exija unanimidad.

4. *Convocatoria de la Junta extraordinaria.*—La única modificación se encuentra en que los administradores deberán convocarla también cuando lo solicite, al menos, un 5 por 100 del capital desembolsado con derecho a voto (anteriormente, a tenor con el mismo art. 56, era necesario el 10 por 100 del capital desembolsado). Sin embargo, es importante la matización del artículo 56, 2.º, que establece que «en el orden del día se incluirán necesariamente los asuntos que hubiesen sido objeto de la solicitud, «pues en el mismo artículo 56, párrafo 1.º, se exige que en la solicitud de convocatoria se expresarán los asuntos a tratar en la Junta.

5. *Representación en la Junta general.*—Al actual artículo 60 de la Ley, el proyecto añade que el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anexo el orden del día y las instrucciones del accionista representado, excepto cuando el representante sea el cónyuge, ascendiente o descendiente del representado o cuando aquél ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviera en territorio nacional.

6. *Impugnación de acuerdos sociales y su procedimiento.*—Son de resaltar las siguientes novedades:

— El párrafo 1.º del artículo 67, alusivo a qué acuerdos pueden ser objeto de impugnación, suprime la frase «en beneficio de uno o varios accionistas», siendo ahora suficiente que los acuerdos, sin más, lesionen los intereses de la sociedad.

— Se añade un segundo párrafo a dicho artículo 67: «No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro».

— En cuanto al plazo de impugnación, se sustituye el punto de la inscripción en el Registro Mercantil por la publicación en el *Boletín Oficial* del mismo (art. 68).

— En cuanto a las personas legitimadas para ello, se añade a aquellos que hicieran constar su oposición al acuerdo notificándolo a la sociedad antes de las cuarenta y ocho horas posteriores al día en que finalice la Junta general (art. 69).

— Finalmente, por lo que respecta al procedimiento de impugnación, se observa una simplificación del mismo, el Juez competente será el de Primera Instancia del lugar del domicilio social y se hace una matización en el párrafo 11 respecto a la existencia de mala fe por el impugnante.

2.º Los administradores (art. 76 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas).

1. Por administradores pueden entenderse:

— Administrador único.

— Dos administradores que actúan mancomunadamente (así lo ha admitido la Dirección General en Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982).

— Dos o más administradores que actúan solidariamente.

— Consejo de Administración.

— Coexistencia de Consejo y administradores singulares.

Estas son las posibilidades habidas hasta ahora en nuestro Derecho, las cuales entendemos que no han experimentado variación en la actual reforma, pues el nuevo artículo 13, 5.º, *h*), se limita a hablar de «órgano al que se confía la administración y representación», y el artículo 73 —teniendo presente la interpretación que le dieron las citadas Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982 (34)— no puede estimarse afectado por aquél.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que mientras los anteriores artículos 11. 3.º, *h*), y 102, *h*), de la Ley de Sociedades Anónimas

(34) En estas resoluciones se admite la posibilidad de que la administración sea conferida a dos administradores que actúen con carácter mancomunado, partiendo de que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de junio de 1981, y la propia Dirección General, en Resolución de 9 de mayo de 1978, habían admitido, a su vez, la posibilidad de un Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros. Igualmente, se citaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1960, que se orientaba en el sentido de aplicar las normas legales con mayor flexibilidad cuando se tratara de sociedades anónimas de capital modesto.

y Reglamento del Registro Mercantil, respectivamente, hablaban de «designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la administración», el nuevo artículo 13, 5.º, emplea la expresión de «órgano al que se confía la administración y representación de la sociedad, con expresión de sus facultades y competencias».

Con esto podría pensarse que se está reconociendo legalmente la posibilidad de separar administración y representación de la sociedad.

Ya era algo usual en la práctica el nombramiento de los llamados directores-gerentes, gerentes, directores generales, etc., que si bien no podían considerarse como verdaderos administradores, sin embargo, su contenido de facultades difería muy poco de las de aquéllos (35).

ESTEBAN VELASCO, comentando el anteproyecto (36), estimaba que en el ámbito externo de la representación se abren ahora distintas modalidades, pudiendo ésta estar conferida, con independencia de la administración: *a)* al Consejo de Administración; *b)* a alguno de sus miembros; *c)* a cada uno de sus miembros solidariamente; *d)* a todos los miembros del Consejo mancomunadamente. También podría decirse que caben aún más posibilidades, tales como la de atribuir la administración al Consejo —esfera interna— y la representación a un administrador único que no pertenezca al Consejo —esfera externa—, a varios solidarios, a dos mancomunados, etc., y que serían posibles tales combinaciones, aunque la Administración se encargara a administradores singulares (los representantes estarían investidos, en todo caso, de la totalidad de facultades que dicha competencia significa).

Sin embargo, no debe pasarse por alto que mientras el último anteproyecto decía «órgano u órganos a los que se confía la administración y representación», el proyecto habla únicamente de «órgano», suprimiendo, por tanto, la alternativa de «órganos». Con ello puede haberse querido evitar cualquier duda que pudiera existir al respecto, es decir, que la administración y representación deban atribuirse al mismo órgano, no siendo factible separarlas. No obstante, también puede entenderse la posibilidad de que se pacte en Estatutos la separación de las funciones administrativas de las representativas y se atribuyan a diferentes personas. A este respecto, ya decían GARRIGUES y URÍA que cabe perfectamen-

(35) GARRIGUES y URÍA (en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, pág. 83) dicen que «quizá la diferencia única consista en que el director general no es un representante nato de la sociedad, como lo es el administrador o el Consejo de Administración. Por lo demás, sus funciones internas son muy semejantes: al director general le competen facultades directivas sobre todos los asuntos y servicios de la sociedad, y tiene facultades de mando frente al personal de la empresa y deberes de vigilancia aún más directos que los que incumben al Consejo de Administración».

(36) ESTEBAN VELASCO, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 399.

te concebir que una persona administre y otra represente a la sociedad, aunque esta última no deberá hacer nada sin haber recibido instrucciones de aquélla; pero si vulnerando tales instrucciones actúa, y lo que hace está dentro del ámbito legal de representación fijado en el párrafo segundo del artículo 76, la sociedad quedará obligada. Por el contrario, el simple administrador no puede obligar a la sociedad y sus facultades quedarán limitadas al aspecto interno (dar instrucciones a empleados, intervenir en la contabilidad, etc.).

2. El contenido del poder de representación de los administradores ya no viene determinado, como en la normativa actual, por el objeto social, sino que la sociedad quedará obligada por los actos de aquéllos, aunque excedan del mismo, salvo que pruebe el conocimiento por los terceros de que tales actos excedían de aquél.

La precisión del objeto social en los Estatutos tenía como una de sus finalidades fundamentales el delimitar el poder de actuación de los administradores y consiguiente responsabilidad de la sociedad. Sin embargo, con la reforma, la norma se sitúa a medio camino entre el Derecho alemán y nuestro antiguo sistema: el objeto ya no circunscribe *a priori* la competencia de los administradores (la sociedad responde, aunque su actuación exceda del mismo: prima el tercero frente a aquélla), pero la sociedad no queda del todo desprotegida frente a terceros, pues, conforme señala el nuevo artículo 76, no quedará obligada «si prueba que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto social o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarlo». Aunque la publicación de los Estatutos no será suficiente por sí sola para constituir esta prueba (37).

3. En sus relaciones con terceros, será ineficaz cualquier limitación social a las facultades representativas de los administradores.

De lo que resulta:

(37) El artículo 9 de la Directiva comunitaria ofrece dos posibilidades en sus apartados 1.º y 2.º: en el 1.º establece que «la sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si éstos no pertenecen al objeto social», pero en el 2.º dulcifica lo dicho al admitir que «los Estados miembros podrán establecer que la sociedad no resultará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si prueban que el tercero sabía que el acto excedía el objeto o que no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias, excluyéndose que la sola publicación de los Estatutos baste para constituir esta prueba». De los Estados comunitarios sólo el Derecho alemán se corresponde con el primer apartado de este artículo (el objeto únicamente delimita las facultades de gestión —internas— de los administradores, pero en ningún caso las de representación); los demás, incluido el nuestro, como hemos visto, suavizan el principio acogiendo a la posibilidad que brinda el segundo apartado. La Dirección General de los Registros y Notariado, en Resolución de 24 de noviembre de 1981, había dicho que «en nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado, no se ha llegado en esta materia a soluciones de plena protección del tráfico comercial y reconocida validez a los actos realejados por los administradores, aun fuera del objeto social, al quedar limitados los efectos

— Que la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, está legalmente dotada de un amplísimo contenido de poder, cuya única limitación se encuentra en aquellas facultades otorgadas por la Ley a otro órgano (por ejemplo: la Junta general).

— Que dentro de tan amplísimo contenido, como ya viene siendo admitido por doctrina y jurisprudencia desde la aparición de la Ley de Sociedades Anónimas, deben entenderse comprendidos desde el acto más sencillo de administración hasta el más complejo de disposición.

— Que, consiguientemente, será ineficaz respecto a terceros cualquier limitación interna a las facultades de representación. Esto no quiere decir que tales actos no produzcan efectos entre sociedad y órgano representantes —al cual aquélla podrá exigirle las oportunas responsabilidades—, sino que no perjudicarán a tercero, respecto a quien el acto será siempre válido, aunque exceda de los límites marcados.

— Hay que tener presente, sin embargo, que, con arreglo al artículo 31, *a*), del repetido proyecto, las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución, habrán de ser previamente aprobadas por la Junta general, siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social. Aunque esto no será aplicable a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad ni a las que se verifiquen en un mercado bursátil o en subasta pública.

4. Es de resaltar la novedad introducida en el artículo 72, según el cual, los administradores no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años, pudiendo, no obstante, ser reelegidos por períodos de igual duración máxima.

La importancia de este precepto es enorme, ya que, conforme a su anterior redacción, los administradores podían ser elegidos por un período de tiempo indefinido y únicamente los nombrados en el acto constitutivo tenían el límite de cinco años.

Se daba como razón a la anterior limitación de este artículo, la necesidad de evitar que se otorgara una estabilidad importante a los administradores nombrados en el acto constitutivo. Y el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado fue restrictivo en todo momento, admitiendo la posibilidad de nombrar administradores por tiempo indefinido en la misma escritura de constitución siempre que dicho nombramiento se hiciera fuera del acto constitutivo (Resolución

de su determinación a la esfera interna de la sociedad, si bien parece ir aproximándose a esta postura nuestra actual tendencia legislativa —artículo 99 del Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas—, ya que quedaría obligada la sociedad por aquellos actos que, sin estar comprendidos en el objeto social, sean realizados por los administradores dentro del giro o tráfico que 'de hecho' realice la sociedad».

de 13 de julio de 1984 y varias más). Ahora, la nueva redacción del precepto da un giro de ciento ochenta grados a esa construcción jurisprudencial.

La reforma actual tiene en cuenta la temporalidad del cargo, que ya subyacía en la primera redacción de la Ley de 1951 [el art. 11, 3.º, h), entre los requisitos que debían contener los Estatutos, señalaba la designación del órgano u órganos que habrían de ejercer la administración y el modo de proveer las vacantes que se produjeran en ellos; por su parte, el art. 73 establecía la forma de proceder para la renovación parcial del Consejo), así como el espíritu de la quinta Directiva comunitaria.

5. Finalmente, cabe hacer una breve referencia al segundo párrafo del examinado artículo 72, conforme al cual, dentro de los requisitos que debían hacerse constar en el Registro Mercantil identificativos de los administradores, se añade la edad de los mismos, cuyo porqué no se entiende demasiado bien. Además, no se exige para las sociedades de responsabilidad limitada.

Y terminamos este apartado citando la matización que respecto a la responsabilidad de los administradores y la acción para hacerla efectiva se contiene en los nuevos artículos 79 y 80, pero en cuyo estudio no entramos.

H) NULIDAD DE LA SOCIEDAD

1.º Causas de la nulidad (art. 32 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas).

La acción de nulidad de la sociedad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas:

— Por no haberse otorgado la escritura pública de constitución o no haberse inscrito ésta en el Registro Mercantil.

A nuestro juicio, esta primera causa sobra o viene a enturbiar el conjunto de la normativa, pues sí, conforme al artículo 7, la sociedad no adquiere personalidad jurídica hasta el momento de la inscripción, la sociedad no inscrita es inexistente (sin perjuicio de lo anteriormente dicho respecto al contrato social), por lo que no es necesario «declarar judicialmente la nulidad de la misma»; sin necesidad de tal declaración carecerá de operatividad alguna respecto a terceros.

— Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.

— Por no expresarse en la escritura de constitución o en los Estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto.

De lo dicho en los dos anteriores apartados resulta:

- a) Que el objeto social ha de ser lícito, no contrario al orden público y determinado.
- b) Que la ilicitud puede ser tanto originaria como sobrevenida.
- c) Que no sólo es causa de nulidad la ausencia de objeto, sino también su imprecisión o indeterminación. Señala EIZAGUIRRE, a este respecto, que «si la actividad a que va a dedicarse la sociedad no se desprende con un mínimo de certeza y veracidad del contenido de los Estatutos, es tanto como si éstos callasen al respecto» (38).
- d) Que no sólo es causa de nulidad la ausencia de denominación, sino también la adopción de una coincidente sustancialmente con la de otra sociedad ya existente, pues entendemos que ello equivale a falta de la misma.

El artículo 2, 2.º, establece que «no se podrá adoptar una denominación sustancialmente idéntica a la de otra sociedad preexistente».

- e) Que denominación, aportaciones, cuantía del capital y objeto podrán constar tanto en los Estatutos como en la escritura de constitución.

— Por la incapacidad de todos los socios fundadores.

La incapacidad, vemos, ha de ser de todos los fundadores.

— Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos.

No obstante, el artículo 12, 1.º, como ya hemos visto, exige tres socios. Sobre este punto, claramente relacionado con la denominada sociedad de un solo socio, nos remitimos a lo ya dicho. Pero debe insistirse aquí en lo que, a nuestro juicio, constituye una incoherencia del proyecto.

Termina determinando el precepto que fuera de los casos enunciados no podrá declararse la ineficacia ni la nulidad absoluta o relativa de la sociedad.

2.º Efectos de la declaración de nulidad [art. 32, a)', de la Ley).

1. La sentencia que declare la nulidad de la sociedad abre su liquidación, que se seguirá por el procedimiento previsto en la presente Ley para los casos de disolución.

2. La nulidad no afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por

(38) EIZAGUIRRE, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 350.

éstos frente a la sociedad, sometién dose unas y otros al régimen propio de la liquidación.

3. Cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar sus dividendos pasivos.

Apunta EIZAGUIRRE (39) que «la eficacia reconocida a la sentencia de nulidad en los precedentes términos pone de relieve la dificultad de subsumir bajo el concepto de sociedad anónima nula a la 'sociedad anónima irregular', ya que ni en la designación de los liquidadores ni en la legitimación para exigir los dividendos pasivos a los pretendidos accionistas se ve muy bien cómo pueda realizarse en tal caso».

I) LA CONTABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS

El artículo 2 del proyecto, bajo el epígrafe «De la contabilidad de los empresarios», da nueva redacción a los artículos 25 a 49 del Código de Comercio. Se divide en dos secciones, la primera de ellas relativa a los libros de los empresarios y la segunda a las cuentas anuales.

1.º Los libros de los empresarios.

Regulados en los artículos 25 a 33 del artículo 2 del proyecto, interesa resaltar desde el punto de vista del Registro Mercantil:

1. Todo empresario, persona natural o jurídica, deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones y la elaboración periódica de balances e inventarios.

2. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de inventarios y cuentas anuales y otro diario. Las sociedades mercantiles llevarán también un libro o libros de actas, en los que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las Juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad.

3. Los empresarios presentarán los libros que obligatoriamente deben llevar en el Registro Mercantil del lugar donde tuvieren su domicilio, para que antes de su utilización se ponga en el primer folio de cada uno diligencia de los que tuviere el libro, y en todas las hojas de cada libro, el sello del Registro. Sin embargo, será válida la realización de asientos y anotaciones, por cualquier procedimiento idóneo, sobre hojas que después habrán de ser encuadradas correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales serán legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio.

(39) J. M. EIZAGUIRRE, *ob. cit.*, pág. 360.

o en el caso del libro de inventarios, de que transcurra igual plazo a partir de cada una de las transcripciones que ordena el artículo 28. Todo lo dicho se aplicará al libro registro de acciones nominativas en las sociedades anónimas, y al libro de socios en las sociedades de responsabilidad limitada.

4. Cada Registro Mercantil llevará un libro de legalizaciones.

5. El libro de inventarios y cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa. Al menos trimestralmente, se transcribirán, con sumas y saldos, los balances de comprobación. Se transcribirán también el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales.

6. El libro diario registrará, día a día, todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa, aunque se podrán hacer anotaciones conjuntas totales por períodos no superiores a un mes.

7. Las anotaciones contables deberán hacerse expresando los valores en pesetas.

8. Los empresarios conservarán, debidamente ordenados, los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio durante seis años a partir del último asiento realizado en los libros.

9. El valor probatorio de los libros será apreciado por los Tribunales, conforme a las reglas generales del Derecho.

2.º Las cuentas anuales.

Nos referiremos después a las cuentas anuales al estudiar las sociedades de responsabilidad limitada. Respecto a las sociedades anónimas, la regulación de aquéllas viene contenida en los modificados artículos 34 y siguientes del Código de Comercio, de aplicación general, y en los nuevos 102 a 110, *h*), de la Ley de Sociedades Anónimas.

Consiguientemente:

1. Con carácter general, el reformado artículo 34 del Código de Comercio establece que al cierre de cada ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y, en su caso, el cuadro de financiación y la memoria, formando todos ellos una unidad.

Para los grupos de sociedades se determina lo siguiente (arts. 42 y siguientes):

— Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre en relación a ésta en alguno de los siguientes casos: *a*) posea la mayoría de los derechos de voto; *b*) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del Consejo de

Administración; *c*) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; *d*) haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deben formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

— La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico.

— Las cuentas anuales consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la Junta general ordinaria de la sociedad dominante, simultáneamente con las cuentas anuales y el informe de gestión de esta sociedad.

— En el mes siguiente a su aprobación, las cuentas y el informe de gestión consolidados y el certificado de los auditores deberán ser depositados en el Registro Mercantil. El *Boletín Oficial* del Registro Mercantil habrá de publicar de forma inmediata el anuncio del depósito.

— Las cuentas anuales consolidadas comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria consolidados. Estos documentos forman una unidad. A las cuentas anuales consolidadas se unirá el informe de gestión consolidado.

2. Con carácter específico para las sociedades anónimas, el artículo 4 del proyecto establece que el actual capítulo VI, «Del balance», de la Ley de 17 de julio de 1951 de Sociedades Anónimas, queda derogado, pasando a ser sustituido por el nuevo capítulo VII, que se titulará «De las cuentas anuales» [arts. 102 a 110, *h*]).

— Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el cuadro de financiación y la propuesta de aplicación del resultado, así como la memoria.

— El informe de gestión habrá de contener, al menos, la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y situación de la sociedad.

— Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser formulados por los administradores en el plazo máximo de tres meses, contados a partir del cierre del ejercicio social, y se firmarán por todos los administradores.

— Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas, salvo que se trate de sociedades que puedan presentar un balance abreviado. Los auditores verificarán también la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio.

Dichos auditores redactarán un informe detallado sobre el resultado de su actuación.

— La Junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado.

— Las cuentas anuales aprobadas, la aplicación del resultado y el informe de gestión, así como el informe de la auditoría, habrán de depositarse en el Registro Mercantil dentro del mes siguiente a su aprobación por la Junta general. El *Boletín Oficial* del Registro Mercantil habrá de publicar de forma inmediata el anuncio de que tales documentos se han depositado.

— Las sociedades que puedan formular balance abreviado depositarán éste y la memoria abreviada, de acuerdo con las normas a ellas aplicables, y podrán prescindir del depósito de la cuenta de pérdidas y ganancias y del informe de gestión, así como, en su caso, del depósito del informe de auditoría de cuentas.

— Las sociedades que puedan formular la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, podrán depositar el balance y memoria abreviados de acuerdo con determinadas reglas concretas.

3.º Ambito de la función calificadora del Registrador en esta materia.

De la regulación referida entendemos que puede extraerse la conclusión de que la calificación del Registrador alcanza únicamente a lo que se ha dado en llamar legalidad de las formas extrínsecas de los documentos presentados, pero no a la validez del contenido de los mismos.

II. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

A) CONCEPTO Y NATURALEZA

1.º Concepto.

La Ley de 17 de julio de 1953 omitió dar una definición de la sociedad de responsabilidad limitada, circunscribiéndose a fijar en sus primeros artículos sus rasgos fundamentales; sólo uno de estos caracteres —la cuantía del capital social— ha sido alterado por el proyecto. La sociedad limitada queda, por tanto, configurada por las siguientes notas distintivas:

1. Se trata de una sociedad de capital determinado (art. 1 de la Ley vigente, que no sufre alteración), y de acuerdo con la nueva redacción del

artículo 3, «estará integrado por las aportaciones de los socios, no podrá ser inferior a 500.000 pesetas, se expresará precisamente en esta moneda y desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado». Se pasa, por tanto, de un sistema de «capital máximo» (cinco millones de pesetas en la redacción originaria de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; elevada esta cifra a 50 millones por Ley de 5 de diciembre de 1968) a otro de «capital mínimo». Debe destacarse que en este punto el legislador español actúa con plena libertad, pues la segunda Directiva, que exige en su artículo 6 un capital mínimo de 25.000 ECUS para constituir una sociedad, se refiere únicamente a las anónimas.

2. El capital está dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no podrán incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones (art. 1).

3. Los socios no excederán de 50 y no responderán personalmente de las deudas sociales (art. 1, 2.º).

El proyecto, al igual que la legislación vigente, no exige un número mínimo de socios fundadores, por lo que será aplicable el artículo 116 del Código de Comercio, que exige la concurrencia de, al menos, dos personas. No se ha considerado la posibilidad (contemplada por el Derecho alemán) de que una sola persona pueda fundar una sociedad limitada. Cuestión distinta es que con el transcurso del tiempo todas las participaciones sociales se concentren en una sola mano; en relación a este supuesto, el proyecto no contiene norma alguna. El anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación establecía (para la sociedad anónima, no para la limitada), en este caso, la responsabilidad ilimitada del socio; la norma desapareció en la versión definitiva presentada por el Gobierno a las Cortes.

4. La sociedad habrá de girar bajo una denominación objetiva o una razón social, a la que deberá añadirse, en todo caso, la indicación «sociedad de responsabilidad limitada» o «sociedad limitada». No se podrá adoptar una denominación o razón social idéntica a la de otra sociedad preexistente, sea o no limitada» (art. 2 de la vigente Ley, que no sufre alteración en el proyecto). En este punto —de no producirse una modificación en la tramitación parlamentaria de la Ley— habrá una discordancia entre el régimen de la sociedad limitada y el de la sociedad anónima, pues con relación a ésta, la nueva redacción dada al artículo 2 de su Ley reguladora exige que no se adopte una denominación «sustancialmente» idéntica a la de otra preexistente.

5. La sociedad tiene carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto (art. 3, 2.º).

2.º Naturaleza.

En el Derecho inglés, la «Private Company» es una sociedad anónima en la que concurren ciertas circunstancias especiales que determinan una simplificación de su régimen jurídico. En Alemania, la Ley de 1892 configuró la sociedad limitada como un tipo autónomo, si bien destacando claramente su carácter de sociedad de capitales. En la Ley francesa de 1925, la sociedad limitada se asemeja a una sociedad colectiva sin responsabilidad personal de los socios; lo mismo cabe decir del Derecho belga, en que este tipo societario recibe la denominación de «sociedad de personas de responsabilidad limitada». En España, antes de la Ley de 1953, la sociedad limitada carecía de regulación, si bien era admitida al amparo de los artículos 117 y 122 del Código de Comercio (que parecían inclinarse por el *numerus apertus* en materia de tipos sociales), y el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil (que aludía expresamente a la misma). En la práctica notarial y registral de la época, la sociedad limitada se configuraba como una sociedad colectiva en la que se limitaba la responsabilidad de los socios a los bienes aportados. La exposición de motivos de la Ley de 1953 no se pronunciaba sobre el carácter «personalista» o «capitalista» de la sociedad limitada al considerar «arbitraria» esta clasificación.

No obstante, la opinión mayoritaria de la doctrina la adscribe al grupo de las «sociedades de capital». En esta línea, dice URÍA que las características distintivas de la sociedad limitada, unido al hecho de que la Ley vigente reproduce más o menos literalmente numerosos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 5, 6, 16, 19, 22, 23, 24, 26, 28 y 30), permiten afirmar que en nuestro sistema la sociedad de responsabilidad limitada tiene más de sociedad capitalista que de sociedad personalista. Con un régimen especialmente atento a la formación de capital y a sus eventuales modificaciones, con una organización interna corporativa parecida a la de la sociedad anónima y un régimen de responsabilidad semejante al de ésta, nuestra sociedad limitada más parece una anónima simplificada que una colectiva sin responsabilidad personal de los socios. Este punto de vista también parece haberse abierto paso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 25 de mayo de 1959, 25 de abril de 1963, 3 de julio de 1964, 21 de septiembre de 1965) (40).

El proyecto que examinamos mantiene alguno de los elementos señaladamente personalistas de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: la posibilidad de establecer en la escritura de constitución prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios (art. 10); la limitación de la libre transmisibilidad de las participaciones (art. 22); el quórum especial exigido por el artículo 12 para cesar al administrador nombrado en la escritura fundacional (reve-

(40) RODRIGO URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1982.

lador de la importancia de las relaciones personales en este tipo de sociedad); la posibilidad de excluir a un socio (art. 31). No obstante, entendemos que, considerado en su conjunto, supone un reforzamiento del carácter capitalista de la sociedad limitada, tal como se desprende de los siguientes hechos:

1. La remisión que en varios puntos se hace a la Ley de Sociedades Anónimas, de manera que la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada tendrán exactamente el mismo régimen jurídico en materias de tanta trascendencia como: eficacia de actos celebrados a nombre de la sociedad antes de la escritura de constitución o de la inscripción (art. 6); nulidad de la sociedad (art. 6); facultades de los administradores (art. 11); cuentas anuales (art. 26); fusión (art. 28); escisión (art. 29).

2. Ciertas modificaciones, como las introducidas en los artículos 15 y 20, que tienen la finalidad —según la exposición de motivos— de reforzar la situación de las minorías y facilitar la circulación de las participaciones, lo que revela la intención del legislador de evolucionar hacia un tipo de sociedad en que las condiciones personales de los socios son menos importantes.

3. La función que en el futuro está llamada a desempeñar la sociedad limitada: ser el tipo social adoptado por sociedades que en la actualidad han optado por la forma anónima y no consideren oportuno cumplir el requisito del capital mínimo establecido por la Ley.

Por estos motivos consideramos perfectamente fundada la crítica que al proyecto hace OTERO LASTRES, al señalar que se ha desaprovechado la ocasión para modificar el párrafo 2.º del actual artículo 3 de la Ley, en lo relativo a la legislación aplicable con carácter subsidiario. La futura Ley seguirá remitiendo a las disposiciones del Código de Comercio comunes a toda clase de sociedades, cuando hubiera sido preferible declarar la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Anónimas (41).

La sociedad de responsabilidad limitada que resulta del proyecto guarda importantes semejanzas con la «sociedad cerrada de responsabilidad limitada» del Derecho holandés, tipo social que fue introducido en los Países Bajos en 1971, precisamente como consecuencia de la primera Directiva de la CEE sobre derecho de sociedades. Las características fundamentales de esta sociedad cerrada son: 1) Un capital mínimo inferior al establecido para la sociedad anónima. 2) Transmisión de acciones restringida, bien otorgando una preferencia a los demás socios, bien subordinando la transmisión a la previa aprobación de un órgano social. 3) La

(41) JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES: «Sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada», en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, varios autores, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

«sociedad cerrada» no puede emitir acciones al portador ni certificados de acciones. Sólo puede emitir acciones registradas (42).

B) CONSTITUCIÓN

Como ya hemos indicado, la segunda Directiva (referida expresamente a la constitución de sociedades y al aumento y reducción de capital) es aplicable únicamente a las sociedades españolas, por lo que el legislador español aparece en este punto condicionado únicamente por la primera Directiva, cuyas exigencias pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a) Necesidad de publicidad para la constitución de sociedades. El artículo 3, 1.º, de la Directiva dispone que «en cada Estado miembro se abrirá un expediente en un Registro Central o bien en un Registro Mercantil o Registro de Sociedades, por cada una de las sociedades inscritas». El artículo 2 habla de «publicidad obligatoria». En este punto no ha sido necesaria ninguna alteración del Derecho español vigente, el proyecto no modifica el artículo 5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: «La sociedad se constituirá en escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, y desde ese momento tendrá personalidad jurídica».

b) Validez de los compromisos de la sociedad. En este punto nos interesa el problema de la eficacia de los actos celebrados a nombre de la sociedad antes de la adquisición de personalidad jurídica. El proyecto modifica la redacción del artículo 6 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: «A los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de la escritura de constitución, o antes de su inscripción y a falta de ésta, se aplicará lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ley sobre Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas...». Estos preceptos establecen un régimen de protección a terceros que sigue la línea de lo establecido en el artículo 7 de la primera Directiva, y en relación al cual, nada hay que añadir a lo dicho en relación a las sociedades anónimas.

c) Nulidad de la sociedad. Se admiten únicamente las causas de nulidad mencionadas en la Ley. También en este punto, el proyecto hace una remisión a la regulación de las sociedades anónimas: «... igualmente se aplicará la sección 5.ª del capítulo II de esa Ley al régimen de nulidad de las sociedades de responsabilidad limitada...».

(42) Véase, al respecto, EDUARD C. DE BOUTER: «Introducción al Derecho de sociedades de los Países Bajos y de las Antillas Holandesas», en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, julio-diciembre 1986.

C) RÉGIMEN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

En relación a éstas no sufren modificación los siguientes puntos: 1. La naturaleza jurídica de la participación, ya que, como vimos, el anteproyecto mantiene la vigente redacción del artículo 1 de la Ley. 2. El derecho de preferente adquisición de los socios en caso de transmisión *inter vivos* de las participaciones de alguno de ellos a persona ajena a la sociedad (art. 20) y la posibilidad de establecer este derecho en las transmisiones *mortis causa* (art. 21). 3. El régimen del condominio y usufructo de participaciones sociales (art. 23 y 24).

Las innovaciones del proyecto son las siguientes:

a) Transmisión de participaciones sociales. La nueva redacción del último párrafo del artículo 20 dispone: «la transmisión de las participaciones sociales se formalizará en escritura pública»; se suprime, por tanto, la inscripción de la transmisión en el Registro Mercantil.

b) Asistencia a la Junta general. El nuevo artículo 22, 2.º, exige para asistir a la Junta general o para votar fuera de ella que el socio haya comunicado a la sociedad por escrito la adquisición de participaciones sociales con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la Junta o, en su caso, la votación.

c) Creación de un libro registro de socios. Artículo 22, último párrafo: «La sociedad llevará un libro registro de socios, en que se inscribirán sus circunstancias personales, las participaciones sociales de cada uno de ellos y las variaciones que se produzcan. Cualquier socio podrá consultar este libro registro, que estará bajo el cuidado y responsabilidad de los administradores. El socio tiene derecho a obtener una certificación de sus participaciones en la sociedad, que figuran en el libro de registro».

d) Prenda de participaciones sociales. Artículo 25: «La constitución de la prenda sobre las participaciones sociales deberá constar en escritura pública, que se anotará en el libro registro de socios».

En resumen: se ha suprimido la exigencia de inscripción en el Registro Mercantil de la transmisión y constitución del derecho de prenda sobre las participaciones sociales, sustituyéndose por la inscripción en un libro-registro de socios que lleva la propia sociedad (de forma análoga al libro-registro de acciones nominativas de la sociedad anónima).

Esta reforma ha suscitado algunos recelos en la doctrina; así, en opinión de GONDRA (43), la exigencia de inscripción en el Registro Mer-

(43) JOSÉ MARÍA GONDRA ROMERO: «La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades», en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, varios autores, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

cantil, en el Derecho vigente, tiene un doble sentido. De una parte, una finalidad de información a los terceros, en particular a los acreedores, dado que en las sociedades modestas, sean anónimas o limitadas, la concesión de crédito descansa en la «capacidad de crédito» de los socios. De otra parte, la inscripción en el Registro está llamada a cumplir una función —como apunta GIRÓN TENA— de control continuado del mantenimiento de este tipo social dentro del límite máximo del número de socios —50— que el legislador —junto con el de la cifra máxima de capital— le había asignado para delimitar su ámbito funcional. Pues bien, ninguna de estas dos funciones se pueden cumplir por la inscripción de la transmisión de las participaciones en un libro-registro de la propia sociedad. Este únicamente sirve a fines de control interno del cambio de socios, mediante la atribución a la referida inscripción de una eficacia «legitimadora frente a la sociedad».

En nuestra opinión, además de por las razones anteriores, esta reforma merece un juicio negativo, por los siguientes motivos:

a) Uno de los «puntos débiles» (y quizá el único) de la institución registral en materia de sociedades anónimas (y que en el futuro, de prosperar la reforma, afectará también a las sociedades de responsabilidad limitada), lo constituye la falta de acceso al Registro de los actos que implican un cambio en la titularidad de las acciones, de manera que el Registrador, al examinar un título en el que se recoge un acuerdo de la Junta general, puede calificar la regularidad formal del mismo y la adecuación a Derecho de su contenido, pero no el tracto sucesivo, entendido en este caso como control de la legitimación de las personas que declaran ser socios y adoptan los acuerdos. En determinadas circunstancias (por ejemplo, nombramiento de nuevos administradores, cuando ha cambiado la titularidad de todas las acciones, y ni el presidente y secretario de la Junta ni los nuevos administradores nombrados guardan relación alguna con las personas mencionadas en los anteriores asientos de la sociedad), la única garantía de que no accederán títulos falsos a los libros del Registro lo constituyen las correspondientes sanciones penales.

La pretensión de someter a publicidad el cambio de titularidad de las acciones es utópica; en las grandes sociedades (e incluso en las medianas) resulta imposible conocer en cada momento quiénes son los socios, bien por la imprescindible rapidez en la circulación de los títulos, bien por las especiales características de la transacción (por ejemplo: Compañía Telefónica, cuyas acciones cotizan en la Bolsa de Nueva York). Pero ello no debe hacernos perder la perspectiva: la publicidad es algo deseable en los casos en que sea materialmente posible.

b) La exposición de motivos del proyecto señala que con la reforma

se trata de facilitar la transmisibilidad de las participaciones sociales. La circulación de los «derechos de socio» es un elemento esencial de toda sociedad de corte capitalista: la reducción de capital está sometida a requisitos rigurosos; el socio no puede pedir la restitución de sus aportaciones a la sociedad; la posibilidad de disponer de su titularidad (y obtener una compensación económica) es la justa contrapartida de la limitación que le afecta. En nuestra opinión, no puede afirmarse que la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil constituye el principal obstáculo a la libre circulación de las participaciones:

1. Por una parte, entendemos, las dificultades a la transmisión de participaciones derivan de su propia naturaleza (no pueden incorporarse a títulos negociables); son, como diría URÍA, una especie de «acción no documentada»; no hay incorporación de los derechos de socio a un título material (de manera que se pueden transmitir aquéllos mediante la transmisión de la propiedad de éste); siendo este hecho (y no la publicidad registral) el que marca la diferencia entre la fácil transmisión de las acciones y la más difícil transmisión de las participaciones de una sociedad limitada (44).

2. Por otro lado, la inscripción, si bien supone añadir un nuevo requisito a la transmisión, indirectamente favorece la circulación de los derechos de socio, al proporcionar a los terceros adquirentes una plena seguridad de la eficacia de su adquisición (principio de fe pública registral: art. 3 del Reglamento del Registro Mercantil: «La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme al contenido del Registro»).

c) Finalmente, la nueva redacción del artículo 25 puede plantear una serie de problemas técnicos en relación con el derecho de prenda: todo derecho real exige un signo externo que ponga de manifiesto a terceros su existencia; esta ostensibilidad se obtiene bien mediante el hecho

(44) Si la finalidad de la reforma en este punto es facilitar la transmisión de las participaciones sociales (dentro de una línea de acercamiento entre la sociedad anónima y la sociedad limitada), la solución congruente habría sido alterar la propia naturaleza de las participaciones, incorporando los derechos de socio a un título valor, con la consiguiente aplicación del régimen jurídico de los bienes muebles materiales: susceptibilidad de posesión y transmisión regida por los artículos 464 y concordantes del Código Civil. La regulación del proyecto puede dar lugar a delicados problemas en el futuro, al configurar una entidad inmaterial (la participación), sobre la que recae un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial del que se puede disponer (esto es, está en el tráfico jurídico), pero que no es susceptible de publicidad, ni posesoria (por su propia naturaleza) ni registral (por determinación de la Ley). Es de destacar que la «sociedad cerrada» del Derecho holandés, a que antes hacíamos referencia, como tipo similar a la sociedad limitada española, sólo puede emitir acciones sujetas a Registro.

material de la posesión, bien mediante la inscripción en el Registro. Con relación a las participaciones: *a'*) No cabe posesión: es una entidad sin concreción material, no hay incorporación del derecho a un título, de forma que no cabe —a diferencia de lo que sucede con las acciones de una sociedad anónima— el traspaso de la tenencia material de los títulos, como medio revelador de la constitución de un derecho real de garantía. No hay posibilidad de cumplir lo dispuesto en el artículo 1.863 del Código Civil. *b'*) Por otra parte, se suprime la publicidad registral. En consecuencia: se configura por el proyecto un derecho real no susceptible de ningún tipo de publicidad (el otorgamiento de la escritura sólo es conocido por los otorgantes). Cabe plantear entonces la siguiente pregunta: ¿tendrá eficacia este derecho de prenda frente a terceros (ulteriores adquirentes, acreedores del socio que pignora su participación) que no tuvieron la posibilidad de conocer su existencia? Si la respuesta es negativa habrá que negar naturaleza real a la figura, y ésta carecerá de utilidad práctica. Si la respuesta es positiva, se habrá producido la quiebra en esta materia de un principio fundamental de nuestro Derecho, como es la seguridad del tráfico.

D) ORGANOS DE LA SOCIEDAD

No sufren alteración en el proyecto los artículos 12 (separación de los administradores y prohibición de concurrencia); 13 (responsabilidad de los administradores); 14 (posibilidad de adopción de acuerdos sociales mediante correspondencia social o telegráfica); 15, 2.º (Junta universal), y 16 (representación en Juntas generales). Las modificaciones afectan a los siguientes puntos:

1.º Organó de administración.

Se modifica el artículo 11 de la Ley, que queda redactado de la siguiente forma: «La administración de la sociedad se encomendará a una o más personas, socios o no, que la representarán, conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas. El nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación y debe ser presentado para su inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a los de la fecha de aquélla, indicando el nombre o denominación social, nacionalidad y domicilio del administrador».

Las modificaciones afectan a los siguientes puntos:

1. Facultades de los administradores. La vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada partió (al igual que la Ley de Sociedades Anónimas) de la idea de que la seguridad del tráfico exige que las facultades de los administradores tengan un contenido típico no susceptible de limitación determinado por la Ley. En consecuencia, estableció que los administradores representarían a la sociedad en todos los actos relativos al giro o tráfico de la misma, no siendo eficaces frente a tercero las limitaciones de estas facultades (ni aun cuando estuvieran inscritas en el Registro Mercantil, tal como aclara su exposición de motivos).

El proyecto acentúa este criterio, ya que del nuevo artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas resultará el siguiente sistema: *a)* La sociedad queda obligada, en todo caso, por los actos de los administradores cuando estos actos estén comprendidos en el objeto social. *b)* La sociedad queda también obligada, aun cuando dichos actos sean ajenos al objeto social, salvo que se pruebe que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto social o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarlo. No siendo la publicación de los Estatutos suficiente para constituir esta prueba. Con este sistema se cumplen las exigencias del artículo 9 de la primera Directiva (aplicable tanto a «sociedades por acciones» como a sociedades de responsabilidad limitada); en relación al análisis detallado del mismo, nos remitimos a lo dicho al tratar la sociedad anónima.

2. Se admite expresamente que una persona jurídica pueda ostentar el cargo de administrador («... indicando el nombre o denominación social...»). Este es el criterio que viene admitiéndose en la práctica, si bien la Resolución de 3 de septiembre de 1980 pareció inclinarse, aunque como afirmación incidental, por la solución contraria: «... la representación de la sociedad debe tener lugar por una persona física, que actúe como órgano o como apoderado...».

3. En relación a la inscripción del administrador en el Registro Mercantil, a diferencia de los actuales artículos 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 121 del Reglamento del Registro Mercantil, no se alude a la necesidad de expresar la edad (hasta ahora este requisito se venía entendiendo como expresión del hecho de su mayoría de edad).

2.º Junta general.

Se modifica el artículo 15 al establecer que los administradores convocarán necesariamente la Junta cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos, la décima parte del capital social (antes era necesaria la solicitud de la cuarta parte de los socios). La exposición de motivos del proyecto dice que se ha introducido esta modificación como

medio de mejorar la «situación jurídica» del socio. Al igual que con relación al artículo 15 de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ha de entenderse que esta porción de capital podrá ser reducida en la escritura de constitución, pero no aumentada (Sentencia de 19 de diciembre de 1973).

3.º Conclusión.

Podemos afirmar que el proyecto no ha alterado sustancialmente el régimen de los órganos de la sociedad de responsabilidad limitada, manteniéndose en este punto los dos principios fundamentales que estableció la Ley de 1953:

1. Por una parte, la estructura de la sociedad responde a una dualidad de órganos: Junta general, órgano deliberante, que expresa la voluntad social y cuyos acuerdos se adoptan por mayoría, y los administradores: órgano ejecutivo encargado de la gestión y representación de la sociedad. La existencia de ambos órganos es necesaria, siendo plenamente vigente la doctrina de la Resolución de 24 de abril de 1980, que consideró que no es inscribible la cláusula que determina que la Junta de socios actúe como órgano administrativo, ya que la Ley impone la existencia de un órgano deliberante y otro de administración, que han de ser siempre distintos.

2. Libertad de estipulación en lo referente al funcionamiento y régimen de los órganos de la sociedad:

a) En lo que se refiere a la Junta general, el artículo 15 mantiene la remisión a la escritura fundacional en lo referente a los requisitos de convocatoria, y en cuanto a la formación de mayorías ha de entenderse que tampoco resulta afectado el principio de libertad de estipulación aludido por la exposición de motivos de la Ley de 1953, de manera que serán plenamente aplicables las doctrinas de las Resoluciones de 7 de noviembre de 1957 (que atendiendo a las notas personalistas que acompañan a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada admitió que la votación se decidiera por mayoría de socios y no por mayoría de participaciones), de 22 de diciembre de 1977 (que admite que se haga depender el cese de un administrador de un quórum superior al normal establecido en el art. 12, pues lo único que prohíbe la Ley es que el cargo sea irrevocable) y de 24 de abril de 1980 (que declara que en la sociedad limitada existe una amplia libertad para establecer o no un quórum de asistencia a la Junta y fijar el de votación).

b) En cuanto a la estructura del órgano de Administración, nada dice el proyecto, pudiendo encomendarse a una o varias personas, conjunta e indistintamente, e incluso mediante la creación de un órgano colegiado. Son perfectamente aplicables, en consecuencia, la Resolución de 20 de julio de 1966 (que admitió la inscripción de una cláusula que determinaba que para obligar a la sociedad sería necesaria la firma conjunta de dos de los tres administradores) y la de 8 de abril de 1981 (que partiendo de una administración mancomunada de la sociedad por tres socios, admitió en ciertas operaciones de menor importancia la actuación solidaria).

E) ALTERACIÓN DE LA ESCRITURA FUNDACIONAL:
AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL

La segunda Directiva, relativa a «mantenimiento y modificaciones de capital», no es aplicable, como ya hemos dicho, a las sociedades de responsabilidad limitada, por lo que en este punto ninguna innovación ha introducido el proyecto en el artículo 17 de la vigente Ley, que exige para determinados acuerdos que voten a favor un número de socios que representen la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital social, o en segunda convocatoria únicamente las dos terceras partes del capital social. Este régimen se aplica a los siguientes acuerdos:

1. Aumento de capital. No sufre alteración el artículo 18, que regula el derecho de suscripción preferente.

2. Reducción de capital. Se mantiene el artículo 19, que establece una serie de garantías en favor de los acreedores (en consecuencia, parece que ha de mantenerse también la doctrina de la Resolución de 16 de abril de 1975, que entendió que no debe aplicarse este artículo a la reducción por pérdidas).

3. Disolución de la sociedad o prórroga del plazo por el que fue constituida.

4. Transformación y fusión.

5. Modificación de cualquier forma de escritura fundacional. Llama la atención que el proyecto en este punto mantenga el criterio de la Ley vigente y, a diferencia de la Ley de Sociedades Anónimas, no distinga entre escritura y Estatutos. La escritura es el título formal que recoge la voluntad de los constituyentes de dar vida a la sociedad; los Estatutos son la norma constitucional de la sociedad, reguladora de la vida de ésta, con preferencia sobre las disposiciones legales que no tengan carácter imperativo. La escritura recoge el contrato de sociedad; los Estatutos regulan la actividad de la persona jurídica creada en el contrato. La existencia de los Estatutos como entidad separada reforzaría el carácter apersonal de la sociedad, como entidad separada de los socios (coincidiendo, en nuestra opinión, con el sentido general de la reforma), y evitaría ciertos problemas interpretativos que en la actualidad suscita el artículo 17: por ejemplo, si cualquier modificación de la escritura fundacional exige mayoría cualificada, dado que los nombres de los socios aparecen en la escritura, sería necesario un acuerdo con mayoría del artículo 17 para que un socio pudiera transmitir sus participaciones.

F) TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN

1.º Transformación.

Aparece una referencia a la transformación en el artículo 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pero ni el proyecto ni la legislación vigente se ocupan de su regulación. Si la transformación implica la conversión de una sociedad limitada en una sociedad anónima, se aplicará el artículo 140 de la Ley de Sociedades Anónimas; en los demás supuestos (transformación en colectiva o comanditaria) falta toda regulación en nuestro Derecho (45).

2.º Fusión.

En la legislación vigente, la fusión de dos sociedades limitadas o de una limitada y una anónima, que diera lugar a una sociedad anónima, se rige por los artículos 142 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas («... la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva..., la absorción de una o más sociedades en una anónima ya existente...»); pero la fusión que diera lugar a una sociedad limitada o la absorción por una sociedad limitada de otra sociedad cualquiera no está contemplada; el proyecto viene a llenar esta laguna legislativa, declarando el nuevo artículo 28: «La fusión de la sociedad de responsabilidad limitada deberá ser acordada con los requisitos exigidos en el artículo 17, ajustándose al proyecto de fusión, y se regirá, en cuanto le sean aplicables, por las normas que rigen la fusión de las sociedades anónimas». Nos remitimos, por tanto, a lo dicho al tratar la fusión de sociedades anónimas, destacando únicamente como peculiaridad de las sociedades limitadas la relativa a la adopción del acuerdo de fusión:

a) El acuerdo deberá ser adoptado por la Junta general de socios, convocada en los términos del artículo 15, es decir, «con la antelación y en la forma que prevea la escritura social». Pero dado que no hay norma que expresamente lo excluya, parece que también podrá adoptarse en la forma que determina el artículo 14 cuando no sea necesaria la Junta general.

b) El acuerdo habrá de ser adoptado con la mayoría del artículo 17: «Para... acordar la fusión... será necesario que voten en favor del acuerdo un número de socios que representen, al menos, la mayoría de ellos

(45) En relación a la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad comanditaria por acciones, véase el apartado III de este artículo.

y las dos terceras partes del capital social. En segunda convocatoria bastarán las dos terceras partes del capital social».

El anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación, aun cuando también remitía genéricamente a la regulación de la Ley de Sociedades Anónimas, contemplaba ciertas peculiaridades para las sociedades de responsabilidad limitada, que determinaban una simplificación del procedimiento, al no contemplar el período de información de los accionistas y el informe de expertos independientes (se excluía la aplicación de los arts. 145 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas). Estas disposiciones desaparecieron en el proyecto definitivo.

3.º Escisión.

Tiene un tratamiento paralelo a la fusión; el proyectado artículo 29 dispone: «La escisión de la sociedad de responsabilidad limitada deberá ser acordada con los requisitos exigidos en el artículo 17, ajustándose al proyecto de escisión, y se regirá, en cuanto sea aplicable, por las normas que rigen la escisión de las sociedades anónimas» (46).

G) CUENTAS ANUALES

El proyecto altera la denominación del capítulo VI de la Ley de 17 de julio de 1953, que pasa a denominarse «Cuentas anuales y distribución de beneficios», y está integrado por los artículos 26 y 27; el artículo 27 tiene el mismo texto que el actual 29 de la Ley; el artículo 26 recibe una nueva redacción, comprendiendo tres apartados, de los cuales, los dos últimos no figuraban en el anteproyecto. Pasamos a examinarlos separadamente:

a) Apartado primero: «Se aplicará a las cuentas anuales de las sociedades de responsabilidad limitada lo dispuesto en el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, sin perjuicio de lo establecido en este artículo y en el siguiente». Cabe hacer un doble comentario:

1. La regulación de las cuentas anuales será en el futuro común para todas las sociedades de capitales, solución que viene impuesta por

(46) Al igual que sucedía con la fusión, el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el régimen del anteproyecto, contenía algunas peculiaridades con respecto a la escisión de sociedades anónimas: no era preciso el período de información a los accionistas y se suprimía el informe de los expertos independientes; especialidades que desaparecieron en el proyecto.

la cuarta Directiva, aplicable tanto a las sociedades anónimas como a las limitadas.

Esta solución debe enmarcarse en una tendencia a la generalización y universalización de las normas que rigen la contabilidad de las empresas y que tiene diversas manifestaciones: 1) En el ámbito de la legislación española, la modificación que el proyecto introduce en el título III, libro I, del Código de Comercio, declarando su exposición de motivos que «la razón esencial de esa modificación se debe a la oportunidad de la generalización de algunas normas, en especial las referentes a las cuentas anuales, que proceden del ordenamiento comunitario. Aunque originariamente pensadas para las sociedades mercantiles, no es dudoso que los principios esenciales de tales normas deban aplicarse con carácter general a la contabilidad de todo empresario». 2) En el ámbito de la legislación europea, con la propuesta que lleva fecha de 11 de junio de 1986, por la que se pretende modificar la cuarta Directiva, extendiéndose su ámbito de aplicación a las sociedades personalistas (se pretende evitar que queden al margen de la obligación de consolidar cuentas las sociedades que adopten la forma de sociedad colectiva o sociedad comanditaria).

2. No obstante lo anterior, no ha podido ignorarse el hecho de que la realización de minuciosas operaciones de contabilidad puede resultar excesivo para determinadas sociedades de pequeño tamaño (históricamente, uno de los motivos de la creación de la sociedad limitada fue precisamente descargar a las pequeñas y medianas empresas, que deseaban obtener un régimen de responsabilidad limitada, del deber de llevar a cabo una rigurosa contabilidad). Por ello, los artículos 11, 27 y 44 de la cuarta Directiva permiten que los Estados establezcan un régimen más sencillo para las pequeñas sociedades. El proyecto hace uso de esta facultad estableciendo las siguientes reglas:

1.^a Sociedades que cumplan, al menos, dos de las circunstancias siguientes durante dos años consecutivos en la fecha del cierre del ejercicio: a') Que el total de las partidas del activo no supere los 230 millones de pesetas. b') Que la cifra anual de negocios sea inferior a 480 millones de pesetas. c') Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no supere los 50. Tienen la posibilidad de formular un balance abreviado [art. 103, b)] y una memoria abreviada [art. 107, b)]; no están obligadas a someter las cuentas anuales y el informe de gestión al informe de un auditor, pero este informe puede ser solicitado por socios que representen, al menos, el 5 por 100 del capital desembolsado [artículos 109 y 109, b)]; en el Registro Mercantil han de depositar únicamente el informe y la memoria abreviados, pudiendo prescindir del depósito de la cuenta de pérdidas y ganancias y del informe de gestión [artículo 110, f)].

2.^a Sociedades en las que durante dos años consecutivos en la fecha

del cierre del ejercicio concurren dos de las circunstancias siguientes: *a'*) Que el total de las partidas del activo del balance no supere los 920 millones de pesetas. *b'*) Que su cifra anual de negocios sea inferior a 1.920 millones de pesetas. *c'*) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no supere los 250. Tienen la posibilidad de formular una cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas [artículo 105, *a*)]; el depósito del balance y la memoria en el Registro Mercantil se realiza conforme a las reglas específicas que establece el artículo 110, *f*).

Es de observar que la aplicación de uno u otro régimen en materia de cuentas anuales viene determinado por la dimensión económica de la empresa y no por su carácter de anónima o limitada; no obstante, dado que la intención del legislador es que la sociedad limitada quede para empresas de pequeño tamaño (la exposición de motivos del anteproyecto presentado por la Comisión General de Codificación hablaba de «reservar la figura de la sociedad anónima para empresas de cierta envergadura económica»), parece claro que la gran mayoría de las sociedades limitadas quedarán sometidas a alguno de los regímenes simplificados a que acabamos de hacer referencia.

b) Apartado segundo: «Cualquier socio tiene derecho a examinar, en la época y durante el plazo que señale la escritura social, por sí o en unión de persona perita, las cuentas anuales de la sociedad con todos sus antecedentes. El plazo que señale la escritura social para el examen de las cuentas no podrá ser inferior a quince días. Si la escritura social no fijase época para el examen de las cuentas, el socio podrá ejercitar este derecho en cualquier momento». Se aprecia en este precepto una mayor flexibilidad que en el correlativo de la Ley de Sociedades Anónimas [el proyectado art. 110, *b*), reconoce a los accionistas la facultad de examinar las cuentas desde el momento de convocatoria de la Junta]; hay que entender que deberá respetar, en todo caso, el plazo concedido a los administradores para la elaboración de las cuentas [el que establece el art. 110, *a*), de la Ley de Sociedades Anónimas, dada la remisión genérica del art. 26. 1.º, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada], de forma que la facultad de examen de las cuentas no podrá ejercitarse antes de que transcurran tres meses desde el cierre del ejercicio.

c) Apartado tercero: «El ejercicio por la minoría del derecho a que se nombre auditor de cuentas con cargo a la sociedad no impide ni limita el ejercicio del derecho a que se refiere el párrafo anterior».

Como hemos visto, la posibilidad de que un grupo de socios solicite la revisión de las cuentas por un auditor se da en aquellas sociedades que reúnen los requisitos del artículo 103, *b*), del proyecto (en las demás,

el examen es necesario en todo caso); los socios han de representar, al menos, el 5 por 100 del capital social (el anteproyecto exigía que representaran el 10 por 100) (47).

H) DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

La única modificación consiste en la alteración de la numeración del capítulo dedicado a esta materia, manteniéndose la redacción actual de los artículos 30, 31 y 32. Se mantiene un elemento de acusado carácter personalista: la posibilidad de exclusión del socio, que determina la «disolución parcial» de la sociedad; al no haberse producido alteración en este punto debe entenderse plenamente vigente la doctrina de las Resoluciones de 24 de enero de 1964 y 7 de abril de 1981.

III. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES COMANDITARIAS POR ACCIONES

1.º Concepto y naturaleza.

La sociedad comanditaria por acciones se desarrolló durante el siglo XVIII (especialmente en Francia) como forma social que permitía invertir capitales en una empresa, con la ventaja de la limitación de responsabilidad para determinados socios y sin las dificultades de la sociedad anónima (sometida entonces al régimen de concesión por el Estado). La posterior flexibilización del régimen de la sociedad anónima determinó que el tipo social que examinamos tuviera escasa importancia práctica: el Código de Comercio español no la regula especialmente (al considerarla como un subtipo de la comanditaria), y únicamente el artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil se refiere a las mismas en su último párrafo, al declarar que la primera inscripción de las mismas deberá contener, en cuanto a las acciones, todas las circunstancias exigidas para las sociedades anónimas. Aun cuando no parece previsible que en el futuro aumente el número de estas sociedades, el proyecto ha entrado en la regulación de las mismas no sólo por así exigirlo el Derecho comunitario, sino, tal como dice su exposición de motivos, «... con el fin de

(47) Resulta especialmente significativo que los autores del proyecto partan de la idea de que en una sociedad limitada no será necesaria la verificación de cuentas por un auditor, entrando en juego la facultad de los socios de exigir este examen. En realidad, como hemos visto, la obligación de revisar las cuentas no depende del tipo social, sino del volumen de la compañía. No obstante, parece darse por sentado que las sociedades limitadas serán sociedades de pequeño tamaño, a las que no será aplicable el artículo 109 de la Ley de Sociedades Anónimas.

evitar que el mayor rigor que la Ley establece para las sociedades anónimas pudiera favorecer la constitución de sociedades en comandita por acciones sin las oportunas garantías para sus socios y los terceros.

El anteproyecto suponía una ruptura con el concepto tradicional de la sociedad comanditaria por acciones; en los preceptos elaborados por la Comisión General de Codificación este tipo social se asemejaba a una sociedad anónima con responsabilidad ilimitada de los administradores; el proyecto definitivo ha optado por una solución más «tradicional», configurándose este tipo social como una entidad en la que coexisten dos tipos de socios, sometidos a un distinto régimen de responsabilidad, y estando la participación de los socios comanditarios representada por acciones.

2.º Constitución.

A falta de una regla específica, se aplicará el artículo 119 del Código de Comercio, que exige escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. La escritura habrá de contener las menciones exigidas por el artículo 125 del Código para la sociedad colectiva (art. 145) y, además, la identificación de los socios comanditarios y sus aportaciones (art. 99 del Reglamento del Registro Mercantil). El proyecto presenta las siguientes novedades:

1. Los artículos 154 y 156 del Código, en la redacción propuesta, aluden a los «Estatutos» de la sociedad. Por tanto, al igual que en la sociedad anónima y a diferencia de la sociedad limitada, deben aparecer como entidades distintas la escritura fundacional (que recoge el negocio jurídico que da vida a la sociedad) y los Estatutos (que rigen la vida interna de la misma).

2. Socios colectivos. Han de ser personas físicas (art. 151, 2.º) y han de figurar sus nombres en los Estatutos sociales (art. 154).

3. Razón social. Artículo 153: Podrá utilizarse una razón social con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de «sociedad en comandita por acciones», o su abreviatura, «S. Com. por A.».

3.º Régimen de las participaciones sociales

En el sistema del anteproyecto todo el capital debía estar dividido en acciones (si bien las de los socios colectivos debían ser de distinta clase que las de los socios comanditarios), lo que tenía las siguientes consecuencias: 1) Sólo a través de una aportación patrimonial puede llegarse a adquirir la condición de socio. 2) La cuantía de esta aportación deter-

minaría la participación en las ganancias y la cuota de liquidación. 3) La condición de socio (colectivo o comanditario) hubiera sido transmisible con la transmisión del título valor.

En el régimen del proyecto, por el contrario, cabe distinguir en el capital social dos partes (así se deduce del art. 151, que utiliza el término «capital comanditario»):

a) Aportaciones de los socios colectivos. La aportación puede consistir en bienes o industria (art. 116 del Código de Comercio); la participación en las ganancias del socio industrial será la que se estipule en la escritura fundacional, y en su defecto, la determinada en el artículo 140 del Código de Comercio; la participación del socio colectivo en la sociedad no se incorpora a un título valor, y su transmisión se rige por el artículo 143 del Código de Comercio.

b) Aportaciones de los socios comanditarios. Dice el artículo 151: «En la sociedad en comandita por acciones, el capital comanditario, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios comanditarios, los cuales no responderán personalmente de las deudas sociales». Se aplicará, por tanto, el régimen de las acciones contenido en el título III de la Ley de Sociedades Anónimas.

En la actualidad, las sociedades comanditarias por acciones no pueden tener un capital superior a 50 millones de pesetas (art. 4 de la Ley de Sociedades Anónimas); esta limitación desaparece en el proyecto. No obstante, cabe plantearse si será en el futuro necesario un capital mínimo de diez millones de pesetas, dado que los proyectados artículos 151 y siguientes del Código de Comercio no contienen norma alguna al respecto y que el artículo 152 establece que en todo lo no previsto se aplicarán las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas. Nosotros nos inclinamos por una solución afirmativa, no sólo por el tenor literal de los preceptos citados, sino también por el juego de la disposición transitoria tercera, que, en relación a las sociedades anónimas que tengan un capital inferior a diez millones de pesetas, ofrece una doble posibilidad: aumentar capital o transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada; no contempla la posibilidad de que la sociedad anónima con capital inferior a diez millones se transforme en comanditaria por acciones.

4.º Organos de la sociedad.

Dispone el artículo 155: La administración de la sociedad ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima.

nima. La separación de uno o varios socios colectivos de la administración podrá ser decidida en cualquier momento por acuerdo mayoritario de los socios comanditarios con el consentimiento de todos los demás socios colectivos. El socio colectivo cesado como administrador tiene derecho a separarse de la sociedad.

La situación del socio colectivo cesado como administrador plantea algunos problemas:

1. Si no ejercita el derecho de separación parece que podrá continuar en la sociedad como socio colectivo (el anteproyecto hablaba de continuar en la sociedad como accionista), ya que si bien la administración de la sociedad ha de estar en manos de los socios colectivos, no necesariamente han de participar en la misma todos (art. 131 del Código de Comercio).

2. En cuanto a su responsabilidad por las deudas sociales, el anteproyecto establecía que el cese determinaba el final de la responsabilidad ilimitada por las deudas contraídas después de su inscripción en el Registro Mercantil. Dado que el proyecto no contiene una norma similar, lo más razonable será entender que el socio cesado continúa respondiendo ilimitadamente si no se separa de la sociedad, dado que mantiene su condición de socio colectivo.

5.º Modificación de Estatutos.

Se ocupa de la materia el artículo 156: La modificación de los Estatutos ha de realizarse previo acuerdo de la Junta general, en los términos establecidos por la Ley de Sociedades Anónimas, al que han de prestar su consentimiento expreso todos los socios colectivos, salvo en el caso de revocación como administrador de alguno de ellos, en el que el afectado deberá abstenerse de participar en la votación.

Se da, por tanto, a la revocación del administrador carácter de modificación estatutaria.

6.º Transformación, fusión y escisión.

Dada la remisión que hace el artículo 152, serán aplicables las disposiciones que contiene la Ley de Sociedades Anónimas, que de esta forma alcanzan un carácter casi general, pues también son aplicables a la fusión y escisión de sociedades limitadas (arts. 28 y 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la redacción propuesta por el proyecto).

7.º Cuentas anuales.

También por aplicación del artículo 152 parece que habrán de aplicarse las normas contenidas en el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, con la posibilidad de acogerse a los regímenes simplificados si se dan las circunstancias de los artículos 103, *b)*, o 105, *a)*.

8.º Disolución y liquidación.

El artículo 157 del Código de Comercio, en la redacción propuesta por el proyecto, dispone: Con independencia de las causas de disolución previstas en la Ley de Sociedades Anónimas, la sociedad se disolverá por fallecimiento, cese, incapacidad o quiebra de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los Estatutos, se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social.

IV. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS LABORALES

El proyecto modifica únicamente dos artículos de la Ley de 25 de abril de 1986:

1. El artículo 2, que queda redactado de la siguiente forma: «En lo no previsto en esta Ley, las sociedades anónimas laborales se registrarán por las normas aplicables a las sociedades anónimas», suprimiéndose el último inciso del mismo, en el que se dice: «... y tendrán este carácter cualquiera que sea la cifra de su capital social»; con ello resalta la necesidad de que estas sociedades, en cuanto anónimas, tengan un capital mínimo de diez millones de pesetas.

La disposición transitoria tercera establece un régimen especial para la adaptación de sociedades anónimas laborales que tengan un capital inferior a cuatro millones de pesetas:

a) Tienen un plazo de cuatro años para aumentar el capital hasta la cifra de cuatro millones, y hasta el 31 de diciembre de 1996 para alcanzar la cifra prevista en el artículo 4 de la Ley de Sociedades Anónimas.

b) Previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social pueden aumentar el capital con cargo a las cantidades que hubiesen sido destinadas en ejercicios anteriores a dotar el fondo de reserva previsto en el artículo 17 de la Ley 15/1986.

2. El artículo 5, 1.º, queda de la siguiente manera: «El capital social, que estará dividido en acciones, se fijará en los Estatutos. En el momento de la constitución deberá estar totalmente suscrito y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos, el valor nominal de cada una de las acciones». Se suprime la exigencia de que el desembolso se realice en el plazo de un año, a contar desde la inscripción de la constitución de la sociedad, en la línea del artículo 8 de la Ley de Sociedades Anónimas, que no establece plazo para el desembolso.

V. NORMATIVA TRANSITORIA

Sin perjuicio de las citas que ya hemos hecho, de las cuatro disposiciones que contiene el proyecto nos interesa resaltar aquí:

1.º Las normas de la presente Ley se aplicarán a todas las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones, cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de su escritura social o sus Estatutos, cuando se trate de regular los actos o contratos que se produzcan a partir de su vigencia o que originados con anterioridad, no se hubieran ejecutado totalmente bajo el imperio de la legislación que se deroga. Sin embargo, la escritura, Estatutos y actos y contratos celebrados válidamente conforme a la legislación anterior, surtirán todos sus efectos cuando se trate de proteger derechos adquiridos.

2.º En el plazo de tres años, a contar desde la publicación de esta Ley en el *Boletín Oficial del Estado*, las sociedades dichas deberán adaptar sus Estatutos o escritura social a lo dispuesto en aquélla, presentando en el Registro Mercantil correspondiente la escritura de modificación de Estatutos para su adaptación. El Registrador hará constar su calificación por nota puesta al margen de la primera inscripción de la sociedad y al pie del título presentado.

En el mismo plazo, las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada deberán presentar el acuerdo de reelección o cese de aquellos administradores que vinieran ejerciendo el cargo por período superior a cinco años, contado desde el nombramiento o desde su última reelección.

Transcurrido el plazo de adaptación, los Registradores Mercantiles remitirán al Ministerio de Justicia relación de las sociedades que no conste hayan hecho la adaptación o la hubieran hecho de forma incompleta.

3.º Las sociedades anónimas que tengan un capital inferior a diez millones de pesetas deberán, en el plazo señalado anteriormente, aumen-

tar efectivamente su capital, al menos, hasta esa cifra o transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada.

Las sociedades de responsabilidad limitada que tengan un capital inferior a 500.000 pesetas deberán, en el mismo plazo, aumentar su capital hasta esa cifra.

Sin embargo, las sociedades anónimas laborales cuyo capital sea inferior a cuatro millones de pesetas gozarán de un plazo de cuatro años para aumentarlo hasta esa cifra, disponiendo después de otro plazo, que expirará el día 31 de diciembre de 1996, para aumentarlo de nuevo hasta llegar a los diez millones.

4.º Los actos y documentos legalmente necesarios para los fines expuestos gozarán de exención tributaria.

VI. DISPOSICION FINAL TERCERA

La presente Ley entrará en vigor el día 1 de enero de 1989.

VII. CONCLUSION

Vamos a hacer aquí un esquema de las principales novedades introducidas por la reforma:

A) EN CUANTO A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

- El capital social no podrá ser inferior a diez millones de pesetas.
- Dicho capital habrá de expresarse en pesetas.
- Antes de la inscripción en el Registro Mercantil, los pactos sobre transmisión de acciones no surtirán efecto frente a la sociedad, incluso en los casos de acciones emitidas como consecuencia de aumento de capital.
- Los asientos registrales se comunicarán por el Registrador a un Registro Central, que dispondrá de un *Boletín Oficial* en el que se publicará un extracto de ellos. Los actos y documentos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe después de la publicación en dicho *Boletín*, salvo matices muy concretos.
- De los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes del otorgamiento de la escritura o de su inscripción responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado, pero tal

- responsabilidad pasará a la sociedad en determinados casos que se especifican.
- No es necesario el requisito mínimo de tres socios fundadores en las sociedades anónimas constituidas por Comunidades Autónomas.
 - En la escritura deberá constar el metálico, bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar. Esta última frase constituye la novedad.
 - Las aportaciones dinerarias habrán de expresarse en moneda nacional, o si la aportación fuese en moneda extranjera, se determinará la equivalencia a aquella (escritura de constitución).
 - Se hace una profusa regulación de las aportaciones no dinerarias.
 - Deberá expresarse la cuantía total o aproximada de los gastos de constitución que deban ser a cargo de la sociedad (escritura de constitución).
 - Habrán de determinarse las personas que inicialmente se encarguen de la administración y representación social (escritura de constitución).
 - Dentro de los requisitos identificativos de los administradores deberá constar su edad (escritura de constitución).
 - Se determinan las ventajas, responsabilidades, facultades y obligaciones de los fundadores.
 - En la especificación del objeto social habrán de expresarse las actividades que integran éste (Estatutos).
 - Respecto al pago de dividendos pasivos, deberá expresarse la forma y el plazo máximo en que habrán de satisfacerse (Estatutos).
 - En cuanto a las acciones, deberá constar el procedimiento y normas para su conversión de nominativas al portador y viceversa (Estatutos).
 - Respecto al órgano ejecutivo, se especifica que es aquel al que se confía la administración y representación de la sociedad, determinándose, en su caso, su sistema de retribución (Estatutos).
 - Deberá fijarse el régimen de las prestaciones accesorias y sus especialidades (Estatutos).
 - Se expresarán también los derechos especiales o ventajas que se reserven los fundadores o promotores (Estatutos).
 - El valor nominal de las acciones no podrá ser superior al cociente que resulte de dividir por 100 la cifra de capital social.
 - Se podrá fijar en los Estatutos la posesión de un número mínimo de acciones para asistir a la Junta general, pero —ésta es la

- novedad— que no exceda del 5 por 100 del capital social desembolsado con derecho a voto.
- No es válida la creación de acciones con derecho a percibir un interés fijo.
 - Las acciones deberán ser nominativas cuando su libre transmisibilidad estuviera sujeta a cualquier tipo de restricciones o cuando aquéllas incorporasen prestaciones accesorias.
 - La sociedad no estará obligada a emitir títulos representativos de sus acciones cuando éstas fueran nominativas.
 - Las acciones podrán estar representadas por medio de anotaciones en cuenta.
 - Se dan normas específicas para los títulos de las acciones y los dividendos pasivos.
 - No se admiten pactos limitativos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando éstas fueran al portador.
 - Se introducen las acciones sin derecho a voto, aunque su importe nominal no podrá exceder de la mitad del capital desembolsado.
 - Se hace una detallada regulación de los negocios sobre las propias acciones.
 - La normativa sobre la copropiedad de acciones se aplica a cualquier supuesto de cotitularidad de las mismas.
 - El usufructuario de acciones tendrá derecho no sólo a los beneficios obtenidos y repartidos durante el período de usufructo, sino también a los acordados y no repartidos en dicho período.
 - Se regulan las relaciones entre nudo propietario y usufructuario, así como el derecho de suscripción preferente, dentro de este supuesto, en los casos de aumento de capital.
 - Se regula el embargo de acciones (serán de aplicación las reglas de la prenda).
 - Se hace una regulación más detallada que la actual en materia de modificación estatutaria, pudiendo destacarse la necesidad de un informe realizado por los administradores y la exigencia de un quórum distinto al anterior.
 - Se modifican las normas relativas al quórum ordinario y quórum especial de constitución de la Junta general.
 - La Junta general extraordinaria podrá ser convocada también cuando lo solicite, al menos, un 5 por 100 del capital desembolsado con derecho a voto.
 - El documento en el que conste el poder otorgado para asistir a la Junta general deberá llevar anexo el orden del día y las instrucciones del accionista representado.

- Se hace una detallada regulación de la materia relativa a impugnación de acuerdos sociales.
- El contenido del poder de representación de los administradores ya no viene determinado, como en la actual normativa, por el objeto social, sino que la sociedad quedará obligada por los actos de aquéllos, aunque excedan del mismo, salvo que pruebe el conocimiento por los terceros de que tales actos excedían de aquél.
- Las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución, deberán ser aprobadas por la Junta general siempre que su importe exceda de la décima parte del capital social.
- Los administradores no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años, pudiendo, sin embargo, ser reelegidos por períodos de igual duración máxima.
- Se regulan las causas de nulidad de la sociedad y sus efectos.
- Dentro de la normativa referente a la contabilidad de los empresarios se da carta de naturaleza a las cuentas anuales, que deberán ser depositadas en el Registro Mercantil.
- Se hace una detallada regulación de la fusión de sociedades, permaneciendo igual las normas referentes a la transformación, haciéndose más intensa la obligación de informar a los accionistas (son necesarios dos informes: uno por los administradores y otro por expertos independientes).
- El acuerdo de fusión debe publicarse en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil.
- Desaparece el derecho de separación de los accionistas en caso de fusión.
- No hay derecho de separación cuando una sociedad anónima se transforma en limitada.
- La escisión se regula por primera vez.

B) EN CUANTO A LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

- El capital no podrá ser inferior a 500.000 pesetas.
- No se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (mientras que para la sociedad anónima se emplea la palabra «sustancial», para la sociedad de responsabilidad limitada se sigue diciendo «idéntica»).
- Los asientos registrales se comunicarán por el Registrador a un Registro Central, que dispondrá de un *Boletín Oficial* en el que

- se publicará un extracto de ellos. Los actos y documentos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe después de la publicación en dicho *Boletín*, salvo matices muy concretos.
- En cuanto a los actos y contratos celebrados antes de la escritura de constitución e inscripción en el Registro Mercantil hay una remisión expresa a la normativa establecida para las sociedades anónimas.
 - En cuanto a la nulidad de la sociedad también se hace esa remisión.
 - Respecto a la transmisión de participaciones sociales, se determina la no necesidad de inscripción en el Registro Mercantil. Igual se dice respecto a la prenda de la mismas, que sí se anotará en el libro registro de socios.
 - Se exigen requisitos especiales para asistir y votar en la Junta general.
 - Se crea un libro registro de socios.
 - Se matiza el concepto de órgano de administración y se hace una remisión, en cuanto a su contenido de poder, al artículo 76 de la normativa de sociedades anónimas.
 - Los administradores deberán convocar necesariamente la Junta general cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos, la décima parte del capital social.
 - Se regula expresamente la fusión y escisión.
 - Se regulan las cuentas anuales y la distribución de beneficios.
 - Se rechaza la inscripción de participaciones sociales.

C) EN CUANTO A LAS SOCIEDADES COMANDITARIAS POR ACCIONES

- En todo lo no previsto hay una remisión general a la normativa de anónimas.
- Se regula específicamente la separación de los administradores, que necesariamente han de ser socios colectivos.
- Se considera causa de disolución el fallecimiento, cese, incapacidad o quiebra de todos los socios colectivos.

HELIODORO SÁNCHEZ RUS
Registrador Mercantil de Barcelona

JUAN PABLO RUANO BORRELLA
Registrador Mercantil de Madrid

Los subrogados del pago

SUMARIO: 1. LA DACION EN PAGO. PRECISIONES.—2. NATURALEZA JURIDICA DE LA DACION EN PAGO: A) La dación en pago como contrato de compraventa. B) La dación en pago como novación. C) La dación en pago como acto complejo. D) La construcción de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. E) Crítica a estas doctrinas y nuestra posición.—3. REQUISITOS DE LA DACION EN PAGO.—4. EFECTOS DE LA DACION EN PAGO.—5. PAGO POR CESION DE BIENES. ANTECEDENTES.—6. NATURALEZA JURIDICA DE LA CESION DE BIENES EXTRAJUDICIAL.—7. ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE CESION DE BIENES.—8. EFECTOS DEL CONTRATO DE CESION DE BIENES.—9. OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION. GENERALIDADES.—10. EL OFRECIMIENTO DE PAGO. NATURALEZA, FORMA Y REQUISITOS.—11. SUPUESTOS EN QUE SE EXCEPTUA EL OFRECIMIENTO DE PAGO.—12. LA CONSIGNACION. NATURALEZA JURIDICA.—13. REQUISITOS DE LA CONSIGNACION.—14. EFECTOS DE LA CONSIGNACION.

1. LA DACION DE PAGO. PRECISIONES

Aunque el pago, como exacta realización de la prestación debida, exige en su consideración rigurosa la puesta en escena de todos los elementos personales, reales y circunstanciales contemplados en el vínculo obligatorio, ello no impide a que la satisfacción del acreedor, punto de referencia básico a la hora del cumplimiento obligacional, pueda obtenerse también a través de otros mecanismos jurídicos que, no siendo rigurosamente pago, tienen, empero, unos efectos liberatorios y extintivos similares a él. No debe extrañar, en consecuencia, que en tales casos se hable de modalidades, subrogados, sustitutivos, equivalentes o figuras similares al pago. Una de ellas es la dación en pago.

Por dación en pago debe entenderse todo acto por el que el deudor realiza una prestación distinta de la debida (*aliud pro alio*) y el acreedor la acepta con los mismos efectos que el pago. En los Derechos alemán e italiano se habla de «prestación en lugar del cumplimiento» para referirse a la misma (ese es el epígrafe del artículo 1.197 del *Codice*), ex-

presión no demasiado precisa desde el ángulo dogmático y susceptible, por tanto, de engendrar equívocos, ya que literalmente entendida parecería como si en el cumplimiento no jugase la prestación (cuando el mismo consiste precisamente en su exacta ejecución) y ésta pudiese operar al margen del fenómeno solutorio, mientras que su correcta caracterización la engarza necesariamente al mismo, e, incluso, en una consideración rigurosa, ni siquiera cabría hablar en el supuesto en estudio de «prestación», pues es claro que semejante denominación debe reservarse, *stricto sensu*, para el originario y único objeto de la relación obligatoria que se extingue mediante el sucedáneo del pago. Parece, por tanto, que para referirse a semejante acontecer conviene utilizar la nominación tradicional de dación en pago (*datio in solutum*).

A diferencia de los Códigos civiles alemán e italiano, el nuestro no regula en forma expresa la figura, aunque no falten referencias o menciones de la misma en diversos artículos. Es lo que ocurría en el originario artículo 1.137 (a propósito de la dote) y lo que ocurre en los artículos 1.521 (retracto legal), 1.636 (tanteo y retracto en el censo enfiteútico) y 1.848 (extinción de la fianza). No existe, empero, inconveniente alguno para su admisión al amparo del principio general de la autonomía privada consagrado de manera fundamental en el artículo 1.255 del Código Civil, pues es obvio que las partes son libres para ponerse de acuerdo sobre el hecho de que una determinada actuación del deudor sea sustituida por otra a los mismos efectos satisfactorios y liberatorios del pago. Sí la contempla, en cambio, la Ley 495 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, a cuyo tenor: «Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto al debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación».

Así, aunque nuestro Código Civil no diga como el italiano, «el deudor no puede liberarse realizando una prestación diversa de la debida, aun cuando sea de un valor igual o mayor, salvo que el acreedor consienta» (artículo 1.197), o como el alemán, «la relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida» (parágrafo 364), sino que más bien parezca sentar el principio contrario al disponer en su artículo 1.166 que «el deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida» (*aliud pro alio invito creditore solve non potest*), lo cierto es que al no tener dicha norma naturaleza imperativa (y no puede tenerla ya que no existe razón suficiente para negar al acreedor la libre disposición de sus intereses), puede

perfectamente éste aceptar la prestación diferente que el deudor le ofrece en pago (*aliud pro alio solvere*) en lugar de la originaria, pues una cosa es que el deudor no pueda obligar al acreedor a recibir cosa distinta de la debida (principio de la identidad de la prestación) y otra, particularmente diferente, que al mismo se le prohíba aceptarla, algo que escasamente tendría sentido en el mundo voluntarista de las obligaciones. Queda claro, pues, el carácter dispositivo del artículo 1.166 del Código Civil español, aunque el mismo no incluya la coetilla que recoge el artículo 1.197 del *Codice civile*, «salvo que el acreedor consienta», ya que, como advierte BERCOVITZ, es evidente «la posibilidad que tiene el acreedor de renunciar a la posibilidad que le brinda el artículo 1.166, aceptando el cambio introducido por el deudor en el momento del pago» (1).

Lo que, en todo caso, resulta claro es que la dación en pago se formula como una excepción al principio de que «no se puede pagar una cosa por otra contra la voluntad del acreedor», ya que lo normal será que las obligaciones se extingan mediante la ejecución de la prestación adeudada y tan sólo excepcionalmente a través de la realización de una prestación diferente. Así como que la consideración rigurosa de la figura debe circunscribirse a la que se plasme mediante la aceptación voluntaria por el acreedor del cambio prestacional, ya que la denominada dación en pago forzosa o legal escasamente guarda relación alguna con el mecanismo jurídico del pago (ni siquiera en la vertiente de subrogado o equivalente del mismo que la *datio in solutum supone*), sino que se refiere más bien a la extinción *ministerio legis* de determinadas obligaciones. Aparte de que la sedicente modalidad de la dación en pago legal ha desaparecido prácticamente de los ordenamientos modernos.

Contrariamente, el Derecho romano justinianeo contempló con relativa holgura el mecanismo de la *datio in solutum neccessaria* al admitirla en línea de principio siempre que el deudor fuese una iglesia, obra pía u otra institución piadosa (2). Además, JUSTINIANO permitió que, en determinadas circunstancias adversas, el deudor que sin culpa por su parte no lograre procurarse el dinero debido, podía liberarse de su obligación mediante la entrega de bienes inmuebles, según una estimación justa de los mismos y siempre que ofreciere los mejores que obrasen en su patrimonio: «Mandamos que los jueces..., después de haber mandado hacer una escrupulosa apreciación de los bienes del deudor,

(1) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, XVI-1, Madrid, 1980, pág. 105.

(2) CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pág. 760.

den a los acreedores la posesión de los inmuebles. Mas la adjudicación todavía se hará de esta manera: al acreedor se le darán las fincas mejores, haciendo que al deudor, después de pagada la deuda, le queden las peores, pues no sería justo que el que entrega oro reciba lo que no le valga; ya que se le obliga a tomar fincas, al menos que se le den las mejores del deudor, habiendo en esto alguna compensación» (3).

Por lo que hace a la dación en pago convencional, el Derecho romano no planteó problema alguno respecto a su admisión y operatividad, discutiendo tan sólo los juristas clásicos en relación a los efectos de la misma, polémica que nos ha conservado GAYO (4). Así, mientras los proculeyanos sostenían que la *datio in solutum* sólo otorgaba al deudor una *exceptio doli* para el caso de que el acreedor, que ha recibido y aceptado un objeto diferente, reclame luego el debido, por lo que configuraban a aquélla como un modo de extinción *ope exceptionis*, los sabianos, en cambio, defendían que la *datio in solutum* operaba la extinción de las obligaciones *ipso iure*, equiparándola por completo al pago (5). JUSTINIANO se decantó a favor de esta segunda orientación al establecer en sus Instituciones: «Por el pago de lo que se debe se extingue toda obligación, o también si uno, consintiéndolo el acreedor, pagare una cosa por otra» (6).

No es necesario advértir que aunque el instituto se denomine dación en pago no cabe entenderlo, en base a una textual consideración del término *dare*, como circunscrito a los supuestos en que el deudor, con asentimiento del acreedor, realice la transmisión de la propiedad de una cosa o la constitución o transferencia de un derecho real limitado sobre la misma (*rem pro re* o *rem pro pecunia*), sino que abarcará todo supuesto de transmisión o constitución de un derecho real, cesión de derechos de crédito, *facere, non facere* y, en general, cualquier tipo de prestación con tal que sea distinta de la prestación inicialmente debida (7). De la misma manera, aunque a veces por la doctrina y la jurisprudencia españolas se emplean como sinónimas las expresiones dación y adjudicación en pago, resulta impropio semejante equiparación, ya que, según advierte LATOUR, la denominación de adjudicación en pago debe reservarse para los casos de adquisición de la propiedad por acto del Estado, bien sea a través de acto de autoridad, funcionario,

(3) Nov. 4,3.

(4) GAYO, 3,168.

(5) CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano...*, op. cit., pág. 760.

(6) Inst. 3,29pr.

(7) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, 1957, pág. 5 de la separata.

etcétera, o persona investida con las necesarias facultades por el ordenamiento jurídico (8).

Mediante la *datio in solutum* puede extinguirse todo tipo de obligaciones con indiferencia de que su origen sea negocial, legal o el hecho ilícito, porque es evidente que la finalidad a la que la misma se enrumba, facilitar con la aquiescencia de los acreedores la satisfacción de los créditos, se presenta como deseable en cualquier especie de vínculo obligatorio, siempre, como es natural, que la entrega de la prestación distinta de la debida sea aceptada por el acreedor «en lugar del pago» (*pro soluto*) (9). Por lo que no resulta razonable el parecer de WIEACKER en el sentido de que la *datio in solutum* no procede respecto a las obligaciones de indemnizar los daños y perjuicios causados por hecho culposo (10).

2. NATURALEZA JURIDICA DE LA DACION EN PAGO

En el Derecho romano justinianeo, quizá por influencia griega, se tiende a asimilar la *datio in solutum* al contrato de compraventa, posición facilitada, sin duda, por el hecho de que en una mayoría determinante de supuestos prácticos el deudor que no podía pagar la deuda dineraria debida entrega a cambio al acreedor una cosa de su propiedad. En tales casos, el símil se presenta con aparente claridad: el deudor está realmente vendiendo la cosa por el precio que supone la suma debida al acreedor--comprador (11).

Glosadores y comentaristas (BARTOLO, BALDO, DECIANO, DURANTE, DE GAMBILIONIBUS, etc.), siguiendo esta misma orientación, verán en la *datio in solutum* un contrato solutorio, irrevocable y de naturaleza jurídica similar a la compraventa. Consecuentemente, exigirán que, al igual que ésta, la dación en pago debe valer *in toto* y asimismo, por analogía con la compraventa, deberá especificarse la cuantía del precio atribuido a la cosa dada *in solutum* y la del débito por el que la cosa resultaba cedida. En el supuesto de que con posterioridad a la recepción el acreedor sufra evicción de la cosa dada en pago, los doctores del Derecho común consideraron que podrá actuar mediante la *actio pri-*

(8) LATOUR BROTONS: «Notas sobre la dación en pago», en *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág. 632.

(9) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, pág. 418.

(10) WIEACKER: *Zum System des deutschen Vermögensrechts*, Leipzig, 1941, página 52.

(11) *Dare in solutum est vendere* (C. 8.44: Inst. 1,4). *Dare in solutum est quasi vendere. Huius modis contractus, vicem venditionis obtinet* (D. 13,7,34; C. 8,45,8; C. 7,45,4, etc.).

maera, es decir, con la acción correspondiente a la primitiva relación existente entre él y el deudor (12). Con semejantes precedentes históricos no debe extrañar, por tanto, que la construcción dogmática de la *datio in solutum* como compraventa haya gozado de especial predicamento en la doctrina y en la jurisprudencia modernas.

A. LA DACIÓN EN PAGO COMO CONTRATO DE COMPRAVENTA

El engarce con la doctrina clásica reseñada se hará en este punto, como en tantos otros de la moderna civilística, a través de la opinión de DOMAT y POTHIER. Afirmará el primero que «si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida» (13). Y para el segundo, «la dación en pago es un acto muy parecido al contrato de compraventa, pues la cosa que se entrega en pago representa la cosa vendida y la cantidad en pago de la cual se da representa el precio». No obstante, POTHIER puntualizará que, frente al carácter consensual de la compraventa, en la dación en pago se precisa la *traditio rei*, que cabe la repetición de la cosa entregada cuando exista error respecto al débito y que en la *datio in solutum*, a diferencia de lo que ocurre en la *emptio-venditio*, es exigencia esencial la transmisión de la propiedad de la cosa dada (14). Tras la promulgación del *Code Napoléon*, diversos autores como TROPLONG, DEMOLOMBE y LAURET insisten en esta aproximación conceptual, aunque no olviden reseñar también las diferencias dogmáticas existentes entre una y otra figura.

También en España esta postura de asimilar la dación en pago a la compraventa ha gozado tradicionalmente de amplio predicamento. ESCRICHE no dirá que la *datio in solutum* es un contrato equivalente a una verdadera venta, pues se encuentra en ella todo lo que es esencial a ésta: consentimiento, cosa y precio (15). GARCÍA GOYENA considera de manera tajante, a propósito de los bienes dotales, que «la dación en pago es equiparada a la venta» (16). Posteriormente, SÁNCHEZ ROMÁN estimará que «la dación en pago viene a constituir una enajenación parecida a la

(12) BUSSI: *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, Padua, 1937, págs. 330-331.

(13) DOMAT: *Las leyes civiles en su orden natural*, II, Barcelona, 1884, página 262.

(14) POTHIER: *Tratado del contrato de compra y venta*, Barcelona, 1841, páginas 303-306.

(15) ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, II, Madrid, 1786, pág. 596.

(16) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 685.

compraventa, en la cual dicho crédito (el extinguido) figura como precio (17); MANRESA que es una especie de compraventa, en que el importe de la obligación primitiva hace las veces del precio, concurriendo, por tanto, los requisitos esenciales de aquel contrato» (18); PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER que «la dación en pago no es sino una compraventa» (19); y más matizadamente CASTÁN TOBEÑAS opina que «la solución preferible parece ser considerar la dación en pago como una modalidad o variante del pago, pero que implica, a la vez, una transmisión onerosa y ofrece, desde este punto de vista, analogías con el contrato de compraventa» (20).

También nuestra jurisprudencia ha mostrado una marcada tendencia en pro de la equiparación. En la Sentencia de 14 de noviembre de 1881 se declara que «la dación en pago importa una verdadera venta», y lo mismo ocurre en las Sentencias de 21 de diciembre de 1905 y 11 de mayo de 1912. En la Sentencia de 22 de octubre de 1914 se afirma de manera enfática que la *datio in solutum*, al implicar consentimiento explícito en la cosa y en el precio, «constituye una venta perfecta»; criterio que ratifica la Sentencia de 9 de enero de 1915 al señalar que «el convenio por virtud del cual se adjudica o da una cosa determinada en pago total y definitivo de un crédito líquido, constituye un verdadero contrato de compraventa, sea cual fuere el nombre que se le asigne por los contratantes, ya que reúne los requisitos todos que para su existencia y validez exige el artículo 1.445 del Código Civil». Igualmente, según la Sentencia de 9 de diciembre de 1943, la dación en pago «se configura como un contrato de compraventa, en el que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio, tal como puede inferirse del artículo 1.521 del Código Civil»; y en similares términos se manifiestan las Sentencias de 7 de enero de 1944 y 13 de marzo de 1953. En fin, a tenor de la Sentencia de 8 de noviembre de 1966 se considera que «con el criterio que puede llamarse clásico en la doctrina, la dación en pago es una compraventa, y así parece entenderlo el Código Civil en los artículos 1.521, 1.636 y 1.849, en los que nivela la dación en pago a la venta, y así lo viene entendiendo la doctrina de este Tribunal». La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 10 de agosto de 1918, asimismo, estima que desde el punto de vista práctico las analogías entre la adjudicación en pago y la compraventa

(17) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, IV, Madrid, 1899, pág. 278.

(18) MANRESA y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, VIII-1 (5.ª edición, revisada por MORENO MOCHELF), Madrid, 1950, págs. 610-611.

(19) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Ennecerus y Lehmann*, I, Barcelona, 1933, pág. 317.

(20) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1978, pág. 382.

son evidentes y que los precedentes del Código justiniano, que otorgaban a la dación *vicem venditionis obtinet*, han encontrado adecuado desenvolvimiento en los artículos 1.459, 1.521, 1.536, 1.638 y otros del Código Civil, «que equiparan a la venta y a la dación en pago, al menos por lo que se refiere a los preceptos generales y a la capacidad de los otorgantes».

Simple variante de la corriente doctrinal que se comenta constituye la formulación de la dación en pago como una compraventa cuyo precio se compensa, mediante acuerdo entre acreedor y deudor, con el crédito en cuyo pago se realiza la entrega de la cosa (SCHLIEMANN, BEKKER), postura que encuentra un cierto eco en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1935 cuando sostiene que en la adjudicación en pago «se realiza una enajenación a título oneroso por precio debido y compensado».

B. LA DACIÓN EN PAGO COMO NOVACIÓN

Los excesos de la teoría anterior llevaron a un buen número de autores franceses (aunque exista algún precedente, ROMUSSI, RUBO, etc.) a conformar la dación en pago como una novación por cambio de objeto. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE consideran, en tal sentido, que la *datio in solutum* es una novación porque por más que la nueva obligación resulte inmediatamente ejecutada es posible distinguir entre la convención novatoria y su ejecución, lo que debe llevar a reconocer que aunque sólo sea por un instante ha existido la nueva obligación. El fundamento legal de este criterio se halla en el artículo 2.038 del *Code* (liberación del fiador cuando tenga lugar la dación en pago, aunque el acreedor llegue a perder por evicción la cosa recibida, artículo 1.849 del Código Civil español), ya que el mismo sólo encontraría razonable explicación si se admite que la originaria obligación se ha extinguido mediante la novación que supone la *datio in solutum* (21). Igual será el parecer de AUBRY y RAU (22), BONNECASE (23) y JOSSE-RAND (24).

En Italia se inclinan por esta orientación AMBROSSETTI y PACIFICI-MAZZONI (24 bis), y en España, DE DIEGO estima que la dación en pago

(21) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE: *Traité théorique et pratique de Droit civil (Des obligations)*, II, París, 1907, pág. 793.

(22) AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, IV, París, 1938, pág. 231.

(23) BONNECASE: *Elementos de Derecho civil*, II, México, 1945, pág. 539.

(24) JOSSE-RAND: *Derecho civil*, II-1, Buenos Aires, 1950, pág. 718.

(24 bis) AMBROSSETTI: «Datio in solutum», en *Digesto italiano*, IX, pág. 126. PACIFICI-MAZZONI y VENZI dirán de manera enfática que «la dación en pago presupone que entre las partes se ha operado una novación, en virtud de que la cosa que formaba la materia de la obligación ha sido sustituida por otra»: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, IV, Turín, 1929, pág. 540.

se considera «más que como forma de pago, como una novación por cambio de objeto..., acompañada de realización inmediata» (25), mientras DE BUEN afirma que la misma «tiene el aspecto de una novación acompañada de ejecución inmediata, y deberá regirse por las disposiciones de la novación y del pago» (26). También hay algún destello de esta construcción en nuestra jurisprudencia, ya que en la Sentencia de 9 de diciembre de 1943 se habla de la «transmisión irrevocable, novatoria y totalmente extintiva que es característica de la adjudicación en pago», en razón de que mediante la misma tiene lugar «la transformación por novación objetiva de una obligación genérica de pago (*sic*), en otra de transmisión de la propiedad de una cosa específica» (también Sentencia de 1 de marzo de 1969). Y lo mismo ocurre en algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: 10 de agosto de 1918, 10 de enero de 1919, 13 de diciembre de 1943, etc.

Dentro de esta misma corriente cabe situar también a GIORGI, aunque con puntualizaciones. Para el clásico autor italiano, si se entiende la *datio in solutum* en sentido estricto (tradicción efectiva de una cosa corporal), no cabe admitir el concepto de novación, ya que ésta consiste en sustituir una obligación por otra, mas si se amplía aquélla y suponemos que el deudor ha dado en pago un *nomen iuris* (*debitum pro debito*), o la obligación sustituida a la precedente no cambia la persona del deudor, y tendremos una verdadera novación objetiva, o la obligación sustituida cambia la persona del deudor, en cuyo caso puede haber una novación objetiva. Si el objeto de la *datio in solutum* ha sido un *factum*, o el hecho es prometido y no realizado, y existe verdadera novación, o el hecho está ya prestado, y entonces no puede surgir la cuestión porque la satisfacción del acreedor está útil e irrevocablemente cumplida (27).

C. LA DACIÓN EN PAGO COMO ACTO COMPLEJO

No faltan tampoco autores que atribuyen a la *datio in solutum* naturaleza de figura compleja o mixta en cuanto participaría de los caracteres de distintos institutos civiles. Así, para COLIN y CAPITANT, la dación en pago presenta facetas del pago (la liberación del deudor), supone en ciertos casos una novación por cambio de objeto (cuando el acreedor

(25) CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid, 1959, páginas 417 y sigs.

(26) DE BUEN: *Notas al Curso elemental de Derecho civil de Colin y Capitant*, IV, Madrid, 1925, pág. 226.

(27) GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, VII, Madrid, 1912, págs. 347-348.

accepte la constitución de una nueva obligación) y por sus efectos puede ser asimilada bien a una compraventa bien a una permuta (28). De la misma manera, en opinión de PLANIOL y RIPERT, la figura en estudio constituye una especie anormal de pago, es equiparable a la novación objetiva y cabe asimilarla a una compraventa cuyo precio se compensa con el crédito preexistente (29).

En España, MUCIUS SCAEVOLA considera que «la dación de bienes en pago de un crédito es una forma híbrida del cambio, puesto que participa de la naturaleza de modo extintivo de una obligación preexistente, es decir, de una relación jurídica anterior y de los caracteres de la compra» (30); y en el sentir de ESPÍN CÁNOVAS, se trata de un contrato extintivo, pero como la nueva prestación consiste en la transmisión de la propiedad de una cosa, dicho convenio presenta semejanza con la compraventa, lo que determina que, como se trata de un solo contrato, no quepa hablar de pago simplemente o de compraventa tan sólo, sino que se trata de «un contrato mixto, al que se han de aplicar, en lo procedente, las reglas de una y otra materia» (31). También en la Sentencia antes citada de 9 de diciembre de 1943 se acoge la naturaleza compleja de la dación en pago, pues aunque resalta en relación a la misma su condición de novación objetiva, combina esta caracterización con la de forma de pago y, sobre todo, con la de la venta, al reseñar que en la doctrina española domina la idea de que la figura se conforma «como un contrato de compraventa, en que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio tal como puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código Civil».

D. LA CONSTRUCCIÓN DE FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que es quien con mayor detalle y profundidad se ha ocupado del punto de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum* en nuestra doctrina, estima que en cuanto al deudor no puede constreñir a su acreedor a recibir una prestación distinta a la debida (*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*), y éste, a su vez, no puede exigir a aquél algo diferente a lo adeudado (*aliud pro alio invito debitore non potest*), parece lógico considerar que para que la dación

(28) COLIN y CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit civil français*, II, París, 1953, págs. 647-648.

(29) PLANIOL y RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, VII, La Habana, 1945, págs. 588-589.

(30) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil comentado y concordado*, XXIII, Madrid, 1906, pág. 424.

(31) ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, III, Madrid, pág. 954 y pág. 145.

en pago tenga eficacia extintiva de la obligación deba existir un acuerdo entre el acreedor y el deudor al respecto. Del valor y significado que se otorgue a este convenio resultará la naturaleza jurídica de la figura.

¿Se tratará de un contrato real *quod constitutionem*? Esta formulación ha gozado y goza de amplia difusión en la doctrina civil (POTHIER, RÖMER, PLANCK, CROME, LEHMANN, BARASSI, BARBERO, MENGONI, GONZÁLEZ PALOMINO, etc.), habiéndose visto facilitada por el hecho de que al aludir la propia terminología del instituto (*datio in solutum*) al elemento real y no mencionar el consensual, induce a creer que en la misma la entrega de la cosa forma parte del supuesto constitutivo del negocio.

En su opinión, en cuanto la dación en pago se perfecciona en el instante en que acreedor y deudor convienen que la realización de una prestación distinta de la debida extinguirá la obligación, resulta que semejante realización no forma parte del supuesto constitutivo del negocio de dación, sino que supone tan sólo la ejecución o consumación de dicho contrato... Para el supuesto en que acuerdo y cumplimiento coincidan en el tiempo, nos hallaremos ante un contrato manual, lo que no influirá en su estructura de contrato integrado por el acuerdo de extinguir la obligación mediante una prestación distinta de la debida (momento constitutivo) y la efectiva realización de la nueva prestación (momento ejecutivo).

Se trataría de un contrato atípico provisto de cierta tipicidad social, cuya falta de regulación en el Código Civil podría cubrirse con los usos y costumbres, las decisiones jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina científica. Dicho contrato genera una nueva obligación que ni se identifica ni reemplaza a la obligación inicial, sino que, por dirigirse precisamente a su extinción, depende y se agrega a ella; de lo que resulta que la obligación de realizar el *aliud* no es una obligación independiente, ya que su existencia y subsistencia están subordinadas a las de la obligación para cuya extinción fue establecida.

El contrato de dación en pago impone al deudor el deber de ejecutar la prestación convenida en lugar de la originaria, no le concede la simple posibilidad de liberarse con la realización del *aliud*, por lo que no cabe identificarlo con el pacto que establece a favor de aquél una *facultas alternativa*. De la misma manera, en cuanto el acreedor no puede rechazar la ejecución de la nueva prestación, tampoco se establece una facultad de tal signo a favor del mismo que le permitiría elegir entre una y otra conducta del deudor.

La realización de la nueva prestación convenida supone, por un lado, la ejecución del convenio de dar en pago y, por el otro, la extinción de la relación obligatoria principal. Como la verificación de la nueva prestación satisface al igual que el pago el interés del acreedor, no debe

extrañar, en consecuencia, que la doctrina haya visto en la *datio in solutum* un equivalente, subrogado o sucedáneo del pago.

El cumplimiento del *aliud* constituye una atribución patrimonial del deudor al acreedor que puede consistir en la transmisión de una cosa (*rectius*, del derecho de propiedad sobre la misma) o de un derecho, constitución de un derecho, prestación personal de servicios o cualquier otra actuación, incluso omisiva, del deudor. Semejante atribución tiene lugar *solvendi causa* en cuanto por su través se persigue extinguir la obligación, por lo que el convenio de *datio in solutum* nada nos aclara respecto al carácter oneroso o gratuito de la realización del *aliud*, ya que constituye un simple medio para la consumación del contrato fuente de la obligación inicial. Habrá que atender, pues, a éste para determinar la onerosidad o gratuidad de la atribución patrimonial en que la dación en pago se sustancia (32).

E. CRÍTICA A ESTAS DOCTRINAS Y NUESTRA POSICIÓN

La teoría tradicional que asimila la dación en pago a la compraventa escasamente puede resistir los embates de una crítica rigurosa. De entrada, sufre una limitación importante: sólo serviría para aquellos casos en que la deuda fuere de dinero y el *aliud* consistiera en la transmisión de la propiedad de una cosa, o viceversa. Lo que determinarían la exclusión de la misma de buen número de las obligaciones de dar, de todas las obligaciones de hacer y de no hacer, así como de las pecuniarias cuando se cumplan mediante una prestación que no consista en la entrega de cosa (33), frente a la que hemos visto situación normal de la figura que admite la ejecución en pago de cualquier clase de prestación. Por otro lado, si se quiere considerar dación en pago, como difícilmente podrá ser de otra manera, todos aquellos otros supuestos que no encajan en la estricta configuración de la compraventa, habrá que atribuir a la misma naturaleza cambiante, ya que resultará compraventa, permuta, arrendamiento de servicios o contrato innominado en función de cuál sea la condición del *aliud* y del *debitum* originario, algo que carece de sentido cuando se trata de establecer la naturaleza de una determinada figura jurídica.

Tampoco la variante de la orientación que se critica de ver en la *datio in solutum* una compraventa cuyo precio se compensa con el crédito preexistente puede resultar admisible, ni siquiera en el supuesto estricto en que la dación tiene lugar precisamente mediante la transferencia de

(32) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Naturaleza jurídica...*, loc. cit., págs. 34 y sigs.

(33) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 109.

la propiedad de una cosa en pago de deuda pecuniaria, pues parece obvio que el pretendido derecho del deudor a recibir del acreedor el precio de la venta, crédito que se compensa *ope legis* con el que frente a él ostenta, a su vez, dicho acreedor, no llega nunca a nacer, ya que la entrega de la cosa lo único que produce es la extinción de la previa obligación que vincula al dador, sin que alcance a producir la aparición de una nueva relación crediticia dineraria de signo inverso a aquélla, y, por tanto, mal cabrá hablar de compensación.

Y es que, en línea de principio, la equiparación entre compraventa y dación en pago resulta forzada, pues, la función económico-social (causa) de una y otra es particularmente diferente, porque mientras en la primera consiste en el intercambio entre cosa y dinero, en la segunda se sustancia en la extinción de una preexistente relación obligatoria. De una, nacen obligaciones; con la otra, se extingue la que ya existía, pues, como decía DERNBURG, la dación en pago sólo tiene lugar cuando resulte clara la intención de las partes de extinguir una obligación (*animus solvendi*).

No debe extrañar, en consecuencia, que la construcción que se comenta haya sido considerada por BARASSI, «cómoda, pero barroca»: cómoda, porque permite la extensión analógica de algunas de las reglas de la compraventa (en especial, la garantía por evicción), y barroca, porque semejante extensión se explica no por una identidad conceptual, que no existe, sino tan sólo si lo permite la naturaleza intrínseca de la prestación (34). Como más adelante tendremos ocasión de considerar, la exigencia de responsabilidad al deudor en el caso de que el comprador sufra evicción de la cosa entregada se puede justificar cumplidamente sin necesidad de transformar la dación en una genuina compraventa.

Del hecho de que en diversos artículos de nuestro Código Civil (artículos 1.521 y 1.638) se coloque la dación en pago junto a la compraventa al objeto de someterlas a un tratamiento común respecto a determinados mecanismos jurídicos (ejercicio del derecho de retracto), no se desprende identidad alguna de naturaleza jurídica entre una y otra, sino tan sólo circunstanciales coincidencias en algunos de sus efectos: antes bien, constituye precisa prueba de su distinta sustancia en cuanto el legislador parece sentirse compelido a mencionar a ambas específicamente. En el mismo sentido, ni del artículo 1.459, 5.º, ni del 1.536 o del 1.849 del Código Civil cabe deducir argumento a favor de la asimilación, sino más bien lo contrario, pues dichos preceptos vienen a establecer para la dación en pago unas consecuencias diferentes de las

(34) BARASSI: *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1948, pág. 147.

que procederían caso de tratarse de una verdadera compraventa. Y es que, como advierte JOSSEAND, la venta es un «acto de especulación», mientras que la dación en pago es un «acto de liquidación».

La configuración de la *datio in solutum* como un supuesto de novación objetiva constituye unas de esas típicas «fantasías teóricas» a que tan dada fue la doctrina francesa clásica, pues no cabe duda de que supone una simple elucubración considerar de esa manera la figura, en base, como, por ejemplo, dicen BAUDRY-LEÇANTINERIE y BARDE, a estimar que por más que la nueva obligación sea inmediatamente cumplida, siempre será posible distinguir entre el convenio novatorio y su ejecución, y, por tanto, deberá reconocerse que aunquc sólo sea «por un instante» ha existido la nueva obligación.

La novación estricta implica la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva nacida precisamente con este objetivo (*animus novandi*), y aquí no se alcanza a ver cómo puede operar semejante mecanismo, pues la precedente obligación nunca es sustituida por otra, sino tan sólo ocurre que desaparece cuando el acreedor acepta *pro soluto* (nunca *pro solvendo*) la diferente prestación que le ofrece el deudor.

Por otro lado, si se tratase de novación haría falta que las partes declarasen «terminantemente» su propósito de extinguir la vieja obligación a que ésta y la nueva fuesen «de todo punto incompatibles» (artículo 1.204 CC), cuando lo cierto es que la *datio in solutum* no exige semejantes condiciones, y no las exige sencillamente porque su finalidad no es reemplazar una obligación por otra, sino tan sólo producir la extinción de la relación obligatoria mediante la ejecución de una prestación distinta a la debida. Cuando se nova una obligación su muerte tiene lugar mediante la creación de un nuevo vínculo (la novación crea extinguiendo y extingue creando), que es, en definitiva, el objetivo último al que se enrumba el operativo, mientras que en la dación en pago bajo ningún aspecto se contempla la existencia de una nueva y sustitutoria relación obligacional destinada a permanecer.

Mientras en la novación, la extinción del vínculo es mera consecuencia de la aparición de uno nuevo, nacido precisamente para ocupar el lugar del precedente (y, por eso, éste muere), en la dación en pago todo gira única y exclusivamente en torno al cumplimiento de la precedente obligación, habilitando al efecto, no una nueva, sino tan sólo un recurso extintivo de la misma: la prestación que el deudor está en condiciones de realizar y el acreedor ha decidido aceptar. No hay sustitución de la obligación, sino simple sustitución del objeto debido en el momento del pago, «de modo que si bien —como escribe LACRUZ— mientras la nueva prestación sea susceptible de cumplimiento, el deudor deberá prestar y el acreedor sólo podrá pedir la prestación nueva susti-

tutiva, el derecho a la antigua renace si se produce la resolución por inejecución prevista en el artículo 1.124» (35).

Ver en la *datio in solutum* un acto complejo, mezcla de pago, novación y venta, lejos de facilitar la cuestión la complica extraordinariamente, y no tanto porque aquí no puede hablarse de pago o variante de él en cuanto no se ejecuta exactamente la prestación debida (requisito objetivo del cumplimiento), ni porque no se dé tampoco, según se acaba de ver, genuina novación ni estricta venta, sino en razón de que se trata de tres figuras jurídicas que no pueden coexistir entre sí y menos fundirse en una unidad superior en cuanto se excluyen recíprocamente. Pago y novación son ambos modos de extinción de las obligaciones que ni pueden ni deben conjuntarse respecto a una concreta relación obligacional, ya que si uno solo la extingue, ¿para qué haría falta el otro? Pago y venta no existe forma de interrelacionarlos, porque si se habla del primero carece de sentido referirse a la segunda o viceversa, en cuanto aquél extingue el vínculo y ésta genera otros nuevos. Y novación y venta se excluyen recíprocamente, pues, en opinión de PLANIOL y RIPERT, la venta implica una liquidación por compensación subsiguiente y el acreedor no puede invocar la compensación a fin de no pagar el precio, sino cuando haya quedado como acreedor por la deuda primitiva, que subsiste hasta ese momento (36).

Tiene razón, pues, GIORGI cuando considera que si se aceptase que la *datio in solutum* es una permuta cuando se sustituye la especie a la especie, una venta si una cosa es dinero (porque se estime que *dari in solutum est quasi vendere*), una novación, porque el deudor se libera prestando una cosa que constituye el objeto de una obligación diversa a la antigua, y una compensación, finalmente en el caso de la venta, porque el deudor compensa el crédito del precio con la antigua deuda, estaríamos en presencia de un verdadero *monstrum iuris*, ya que «tendría al mismo tiempo tres aspectos y tres caras totalmente distintas» (37).

Frente a la construcción de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ cabe alegar que difícilmente puede eludir la trampa de la novación (su subconsciente le traciona cuando incidentalmente advierte que «la tesis que asimila la *datio in solutum* a una novación por cambio de objeto es más admisible que la teoría que la equipara a la compraventa», como si fueran posibles

(35) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, página 14. Todo ello referido a la propia y verdadera novación, porque si se pone a jugar la que con inexactitud y *contradictio in adiecto* se denomina novación modificativa, la situación resulta mucho más meridiana: CRISTÓBAL MONTES: «La llamada novación modificativa en el Derecho civil español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973, págs. 1168 y sigs.

(36) PLANIOL y RIPERT: *Tratado...*, VII, op. cit., pág. 589.

(37) GIORGI: *Teoría de las obligaciones...*, VII, op. cit., pág. 346.

planteamientos teóricos más o menos verdaderos) (38), si se admite que el contrato atípico en que la dación consiste genera una nueva obligación que depende y se agrega a la antigua, en cuanto se dirige a su extinción. Como acertadamente dice BERCOVITZ, la dación en pago no produce ni transmite ninguna obligación, sino que simplemente extingue una obligación previamente existente, al igual que el pago (39). De ahí que, aunque no pueda hablarse de que constituye una variante o modalidad de pago, sí quepa entender que es un subrogado, sustitutivo, equivalente o sucedáneo del pago (*inaequale solutio*: GIERKE, PACCHIONI, BARASSI, DÍEZ-PICAZO, etc.).

Cierto que la dación en pago no constituye un contrato real auténtico, pero de ello no cabe derivar, como pretende FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que la misma se perfecciona en el instante en que acreedor y deudor convienen que la realización de una prestación distinta de la debida extinguirá la obligación, porque dicha afirmación le lleva de manera necesaria a sostener que «semejante realización no forma parte del supuesto constitutivo del negocio de dación», y que la misma «supone, por un lado, la ejecución del convenio de dar en pago y, por el otro, la extinción de la relación obligatoria principal», cuando es del todo evidente que la aludida realización del *aliud* constituye elemento integrante e integrador de la *datio in solutum*.

El deudor al cumplir la nueva prestación no está ejecutando el convenio de dar en pago y al mismo tiempo extinguiendo la relación obligatoria previa, porque ello equivaldría a negar a la figura su innegable virtualidad extintiva y asignarle la mera función de producir una nueva obligación en la que se ha cambiado el objeto, cuando lo cierto es que mediante la dación en pago se produce de manera directa e inmediata la desaparición del vínculo, «de tal manera que —señala DÍEZ-PICAZO— la extinción tendrá sólo lugar en el momento en que efectivamente se realice la nueva prestación, pero no en el instante en que ésta quede acordada» (40).

Aunque, como sabemos, nuestro Código Civil no regula específicamente la figura, resulta claro que la permite al asignar naturaleza dispositiva al artículo 1.166 e, incluso, de manera indirecta la recoge, por dicha circunstancia, a través de tal precepto, pues bastaría añadir al mismo, tal como hace el artículo 1.197 del *Codice*, la frase «salvo que el acreedor consienta», para tener formulada la figura. Y ésta consistirá en que, previo o coetáneo acuerdo entre acreedor y deudor, éste proceda

(38) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Naturaleza jurídica...*, loc. cit., pág. 19.

(39) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 111.

(40) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. I. Madrid, 1983, página 664.

a «dar una cosa por otra» o a «sustituir un hecho por otro», lo que revela que, contra el parecer de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la realización de la nueva prestación sí forma parte del supuesto constitutivo del negocio de dación (*reclusus*, constituye elemento esencial del mismo), porque éste sólo estará recta y enteramente formado cuando se cumpla la prestación ofrecida. Por ello, la circunstancia, frecuente en la práctica, de que primero se pacta el cambio y luego se ejecuta el mismo, sólo prueba, según reseña BERCOVITZ, o que las partes han pactado algo distinto, una novación y no una dación en pago, o que, aunque ciertamente el pacto de cambio precede a la ejecución de la prestación, ello no es obstáculo para que jurídicamente la dación no quede perfeccionada hasta ese segundo momento (41).

En la *datio in solutum* existirá, por tanto, el acuerdo entre acreedor y deudor respecto al cambio de la prestación y la coetánea o subsiguiente ejecución de la nueva prestación convenida, actuación esta que se configura como elemento integrador del mecanismo solutorio en estudio. ¿Significa ello conformar la dación en pago como un contrato real? (42). No, al menos en la consideración tradicional de esta categoría contractual que exige la *datio rei*, aunque verdaderamente no cabe aludir la semejanza o proximidad estructural entre una y otra figura (43).

Ahora bien, semejante circunstancia no significa que quepa ver en la *datio in solutum* un simple «negocio causal obligatorio para la extinción», al modo de ENNECCERUS y LEHMANN (44), o considerar, como hace MESSINEO, que el cumplimiento efectivo es condición para que se extinga la obligación y, por consiguiente, el mismo se refiere al momento ejecutivo del pacto (45), ni menos, según estima JORDANO BAREA, que la dación en pago constituya tan sólo un «precontrato de dación» que tiene carácter consensual (46). Estas construcciones conducen al callejón sin salida de que si contractualmente la dación en pago se considera perfecta en el momento en que existe acuerdo entre las partes respecto al cambio de la prestación, y la realización del *aliud* se estima

(41) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., págs. 111-112.

(42) GONZÁLEZ PALOMINO considera que mientras la adjudicación para pago (*cessio pro solvendo*) es un contrato consensual que no extingue de por sí la obligación, la adjudicación en pago (*cessio pro soluto*) es un contrato real que extingue la deuda: «La adjudicación para pago de deudas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*.

(43) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1983, pág. 143.

(44) ENNECCERUS y LEHMANN: *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1933, página 315, núm. 3.

(45) MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, página 205.

(46) JORDANO BAREA: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, páginas 84 y sigs.

simplemente como ejecución de dicho convenio (47), no hay manera de distinguir esta figura del acuerdo novatorio y de justificar, por tanto, por qué aquí hay que esperar a la ejecución de la nueva prestación para que se extinga la relación obligatoria. Esto es, ¿qué necesidad existiría de una *datio in solutum* así conformada si sus efectos podrían conseguirse en forma directa e inmediata a través de la novación? La sola presencia del mecanismo en estudio nos revela que es imposible que en el momento de su perfección se genere una obligación cuyo cumplimiento determinará la extinción de la *prior obligatio* (construcción ya de por sí *sui generis*), ya que esta obligación no sería otra cosa que la originaria obligación a la que se le ha cambiado el objeto y ello determinaría la extinción de aquélla mediante novación, habida cuenta que las partes sí tienen «terminantemente» la voluntad de extinguirla (artículo 1.204 CC), colocándonos, por tanto, fuera del específico campo del pago y sus subrogados.

Pensamos, en consecuencia, que la dación en pago es un contrato a título oneroso que se integra por el acuerdo de los interesados respecto al cambio *pro soluto* de la prestación debida y por la ejecución de la nueva (constituye un contrasentido decir que el convenio se cumple mediante la realización de la nueva prestación, pues es obvio que la obligación que se extingue no nace de él). Uno solo de estos dos elementos no es suficiente para la conformación de la figura, el primero porque sólo atañe al necesario acuerdo que ha de existir para que pueda disolverse un vínculo obligatorio cumpliendo una prestación diferente a la que se debe (art. 1.166 CC), y el segundo porque aislado carece de toda justificación y sentido. Dar en pago no puede ser diferente a lo que el pago en sí supone (realizar una prestación), pero en cuanto no es estrictamente éste, porque no se ejecuta de manera exacta la prestación que se debe sino otra, precisa también del acuerdo al respecto de los sujetos involucrados en la relación jurídica obligatoria. Quizá la explicación del error se halle en que quienes piensan de la manera que se critica no advierten que la dación en pago así considerada carecería de contenido y que, como dice con exactitud ALBALADEJO, resulta en extremo artificioso sostener que «el deudor sigue obligado

(47) *Ibid.*, pág. 86: «La dación en pago, por tanto, se perfecciona con anterioridad a la extinción de la obligación. Y es la ejecución de la *datio in solutum* la que produce la extinción de la deuda inicial: el momento extintivo se corresponde no con la perfección del convenio de dación en pago, sino con la ejecución del mismo». En línea con estas afirmaciones, no debe extrañar que JORDANO BAREA considere a la *datio in solutum* como un convenio por el que se crea «un sustitutivo del pago», sin advertir que con la dación no se produce un subrogado del pago, sino que es ella misma la que constituye esta entidad.

a la antigua prestación, pero que esa obligación sólo puede cumplirse realizando la prestación nueva» (48).

¿Será un contrato extintivo? BELTRÁN DE HEREDIA, a pesar de estimar que la extinción de la obligación constituye la causa del mismo, se resiste a aceptar esta conclusión, puesto que el ordenamiento jurídico español presenta dificultades para la admisión del contrato extintivo, en virtud de la limitación que impone el artículo 1.254 del Código Civil (49). De modo parecido, BERCOVITZ se niega a admitir semejante catalogación porque el concepto que del contrato maneja nuestro Código Civil queda reducido al de negocio bilateral de carácter patrimonial que sea fuente de obligaciones, mientras que la dación en pago no produce ni transmite ninguna obligación, sino que tan sólo extingue una obligación previamente existente, por lo que, para evitar confusiones, prefiere hablar de negocio jurídico bilateral (50).

Razones no convincentes, pues del hecho de que nuestro Código Civil considere, defectuosamente, en su artículo 1.254, que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio», no cabe derivar sin más que en nuestro ordenamiento no sea contrato el acuerdo por el que se extingue una obligación previa, ya que, en primer término, el referido artículo, como cualquier otro definitorio, no tiene valor normativo, y, en segundo lugar, hoy resulta inexacto, injustificado e indefendible sostener que no sea contrato, tal como dice con nitidez el artículo 1.321 del *Codice*, todo «acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial». Resulta, pues, acertada la aseveración de BARASSI de que, en cuanto la *datio in solutum* supone un acuerdo dirigido a extinguir las obligaciones de modo diverso al cumplimiento, deberá verse en la misma un genuino contrato extintivo (51).

3. REQUISITOS DE LA DACION EN PAGO

Configurada la naturaleza jurídica de la *datio in solutum* de la forma expuesta en las páginas anteriores, resulta relativamente fácil establecer cuáles sean los requisitos de la misma.

LATOUR BROTONS y, siguiendo su parecer, PUIG BRUTAU estiman que

(48) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., pág. 144.

(49) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, página 372.

(50) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., págs. 110-111.

(51) BARASSI: *La teoría general...*, III, op. cit., pág. 417.

el primer requisito consistirá en la existencia de una obligación previa que se quiere extinguir mediante la figura en estudio, pues en otro caso, sin la existencia de la deuda, la *solutio*, como acto desprovisto de causa, daría lugar a la repetición porque se consumiría un pago de lo indebido (52). Fácilmente se colige que la preexistencia de la obligación no supone un elemento constitutivo de la *datio in solutum*, sino tan sólo mero presupuesto para la eficacia de la misma, a lo sumo, una *condicio iuris*.

En cambio, sí constituye requisito del instituto el acuerdo entre acreedor y deudor tendente a permitir que éste reemplace por otra la prestación debida y a atribuir a la realización de ésta última efectos extintivos de la relación obligatoria. Ya sabemos que este acuerdo no genera una nueva obligación ni extingue la originaria, ni, aun siquiera, provoca el cambio del objeto de ésta, sino tan sólo faculta al deudor para liberarse del débito realizando una conducta diferente de la que *ab initio* fue contemplada (*aliud pro alivio solvere*).

¿Se transformará, empero, la originaria obligación en una obligación facultativa en cuanto ahora el deudor podría liberarse mediante la entrega de un objeto distinto? De ninguna manera. En la obligación facultativa se debe una cosa y la otra está tan sólo *in facultate solutionis*, por lo que el acreedor únicamente puede reclamar la primera. Aquí, en cambio, concluido el acuerdo, ni el acreedor puede reclamar la prestación primitiva, ni el deudor puede optar entre ésta y la nueva, sino que uno y otro deben circunscribir su actuación futura al objeto contemplado *in solvendo*. Otra cosa es que, como reseña GIORGI, si la obligación se conformó desde el principio por acuerdo de las partes como obligación facultativa, la entrega de la cosa *in facultate solutionis* quepa reputarla como una *datio in solutum* (53).

También constituye requisito de la figura la ejecución por el deudor de la prestación convenida *animo solvendi*, esto es, con la intención de extinguir la obligación que inicialmente fue constituida. Ya hemos dicho antes que el mecanismo, que es un contrato extintivo, se integra por el acuerdo de los interesados respecto al cambio de prestación y por la ejecución de ésta, sin que dicha faceta constituya mero cumplimiento de la *datio*, sino que tiene la consideración de elemento preciso para la perfección o existencia de la misma, pues, frente a lo que piensa DÍEZ-PICAZO, en el sentido de que la realización de la nueva prestación convenida «supone la consumación del convenio de dar en pago» (54), lo

(52) LATOUR BROTONS: *Notas sobre la dación en pago*, loc. cit., pág. 633; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, I-2. Barcelona, 1976, pág. 355.

(53) GIORGI: *Teoría de las obligaciones...* VII, op. cit., pág. 344.

(54) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 664.

cierto es que mientras no tenga lugar la ejecución estaremos en presencia, según entiende ALBALADEJO, de una novación, porque se cambia una obligación por otra o se muta la prestación debida (55), o, según preferimos por nuestra parte, ya que esa tesis supondría que en el proceso de formación de la *datio* tiene lugar la sustitución de la obligación antigua por una nueva, lo que no es exacto, estaremos en presencia de un negocio incompleto o, a lo sumo, de un contrato preliminar o precontrato de dación.

La *datio in solutum* es un contrato compuesto no sólo por el acuerdo de acreedor y deudor, sino también por el cumplimiento por parte de éste de la prestación convenida, ya que para que exista no basta con prometer, pues hace falta también que se ejecute el nuevo objeto contemplado, en cuanto, como subrogado del pago, difícilmente podría tener esta virtualidad sin incluir también el acto jurídico de realización o cumplimiento que éste siempre entraña. No hace falta que semejante actuación del deudor sea simultánea al acuerdo, porque el contrato es de formación sucesiva, pero no deberá faltar nunca si se quiere completar este mecanismo solutorio, ya que, como bien dice BERCOVITZ, la dación en pago es un negocio jurídico (contrato) que sólo se perfecciona con la ejecución de la prestación prevista, por lo que los acuerdos que previamente hayan podido tener lugar entre acreedor y deudor no alcanzan otra relevancia que la de actuaciones preparatorias o fase inicial, sin valor jurídico a los efectos de la dación hasta la ejecución de la prestación sustitutiva, por más que no sea exacta su aseveración de que cualquier desajuste entre dicho acuerdo inicial y el necesario (*sic*) en el momento de la prestación se soluciona a favor de éste, ya que este último acuerdo entrañaría una redundancia, y la falta de respeto a lo acordado, sencillamente, determinaría, o la frustración de la dación en pago, al faltar uno de sus elementos esenciales, si el acreedor no acepta una prestación diferente a la acordada, o la sustitución tácita del acuerdo inicial, si el acreedor recibe la misma sin objeción (56).

Una vez más, en esta materia, la superior precisión dogmática la instaura el *Codice civile* italiano de 1942. Según su artículo 1.197, «el deudor no puede liberarse realizando una prestación distinta a la debida..., salvo que el acreedor consienta» (exigencia de acuerdo entre las partes respecto al cambio de prestación), pero, ocurrido tal evento, «la obligación se extingue cuando la prestación diversa es realizada». Esto es, la ejecución por parte del deudor de la nueva prestación convenida determina la extinción de la originaria relación obligatoria, que hasta ese momento ha subsistido y sólo en él desaparece, por lo que seme-

(55) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., págs. 143-145.

(56) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 112.

jante actuación viene a configurarse como elemento constitutivo de la *datio in solutum*, la cual sólo resultará completa y jurídicamente formada cuando la misma se realice. Es también lo que, con alguna matización, sostiene LARENZ cuando escribe que «a diferencia del cumplimiento, la prestación por dación en pago exige un contrato especial que acompañe al acto de la prestación en el sentido de que esta prestación se da y se recibe en lugar del pago» (57).

Siguiendo a GIORGI, algunos autores como CASTÁN y LATOUR BROTONS, consideran también requisito de la dación en pago la existencia de una diferencia cualquiera (*aliquid novi*) entre la prestación debida y la que le sustituye. Observadas bien las cosas, se advierte que este supuesto requisito, que como tributo a una negada asimilación a la *novatio* se desliza en nuestra figura, no es más que nota caracterizadora del convenio que sobre el cambio de prestación realizan las partes, pues es obvio que carecería de sentido concluir éste para que el deudor viniese a ejecutar exactamente la misma prestación debida, y, en consecuencia, se subsume en el mismo. En qué consistirá la diversidad, es evidente que la nueva prestación puede tener tan variado contenido como la primitiva (*dare, facere, non facere*), ya que, como sabemos, la expresión *datio in solutum* no se entiende ni puede entenderse en su sentido literal de dar en pago una cosa material, tal como, por ejemplo, consideraba ROMUSSIO: *quaedam remissio, quae a debitores de re propria fit creditori*.

De la misma manera, tampoco deberá considerarse requisito de la dación en pago la capacidad de las partes, en cuanto, al ser la misma simple presupuesto del consentimiento, queda comprendida dentro del requisito del acuerdo de cambio prestacional como uno de los factores integrantes o en juego para su existencia. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el estricto pago, que por no constituir contrato no precisa de la capacidad contractual de los intervinientes, aquí, en cuanto estamos en presencia de un verdadero contrato, hará falta que ambas partes ostenten aquélla. En cambio, no es exacta la aseveración de BELTRÁN DE HEREDIA de que, desde el punto de vista del deudor, en la dación se requiere siempre la plena capacidad de transmitir, que, en cambio, tratándose del pago, solamente es exigida por lo que se refiere a las obligaciones da dar (58), ya que la misma refleja la estrecha concepción de la *datio* como entrega de cosa, por lo que debe concluirse que bastará con que el *solvens* tenga el poder de disposición necesario para llevar a cabo la actuación patrimonial que se haya convenido en reemplazo de la prestación debida (*rem, factum, nomen iuris*).

(57) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., pág. 418.

(58) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*; op. cit., págs. 373-374.

4. EFECTOS DE LA DACION EN PAGO

El primero y elemental efecto de la *datio in solutum* consiste, en cuanto subrogado del pago que es, en la extinción de la relación obligatoria originaria con todos los derechos accesorios y garantías de que gozase la misma. Como dice la Sentencia de 1 de marzo de 1969, «la entrega (de lo que se da en pago) produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación». No en balde estamos ante un mecanismo similar al pago.

¿Qué ocurrirá si tras la realización de la nueva prestación el acreedor sufre evicción o lo entregado en pago presenta vicios? ¿Renacerá o no la originaria obligación? Viejo y difícil problema que se agudiza en aquellos ordenamientos, como el nuestro, en los que la figura no ha sido objeto de normación específica, y ello obliga, por tanto, a recurrir, forzando los términos, a otras figuras contractuales y a sostener difíciles equilibrios.

La discusión se inicia ya en el Derecho romano. Así, mientras ULPIANO considera que al acreedor que ha sufrido evicción se le debe conceder tan sólo la *actio utilis ex emptore*, sin que reviva el originario vínculo, tal cual ocurre en la compraventa (59), MARCIANO opina que «si uno pagase a otro cosa distinta de la que se debía con la voluntad del acreedor, y se evinciese, permanece la obligación anterior» (60). La polémica estaba servida, no faltando tampoco los intentos para conciliar ambas posiciones, ya como hicieron ACCURSIO y CUJACIO, aplicando a la *datio* que consista en dar *rem pro re* el texto de MARCIANO, y a la que suponga *rem pro pecunia* el de ULPIANO, ya como entendían DONELLO, VOET, MANGILI y POTHIER al estimar que debería corresponder al acreedor que hubiese sufrido evicción el derecho de elegir entre la *actio utilis ex empto* y la propia del crédito primitivo.

En realidad, como fácilmente se observará, el adoptar una u otra postura viene condicionado necesariamente por la idea que se tenga respecto a la naturaleza jurídica de la figura. Así, si se ve en la *datio in solutum* un contrato de compraventa o negocio similar, resulta natural que ante la evicción que experimente el acreedor o los vicios que presente la cosa entregada no goce el mismo de otra posibilidad jurídica que la de demandar al deudor el saneamiento; esto es, se mantiene la extinción de la obligación y queda sólo una acción para reclamar contra el deudor (61). Este es el criterio del *BGB*, a cuyo tenor, «si es entregada

(59) D. 13,7,24pr.

(60) D. 46,3,46pr.

(61) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 375.

una cosa, un crédito contra un tercero u otro derecho en lugar del cumplimiento, el deudor ha de prestar el saneamiento, de la misma forma que un vendedor a causa de un vicio en el derecho o de un vicio de la cosa» (parágrafo 365). De igual manera, considerada la dación en pago como un supuesto de novación, tampoco cabe la reviviscencia del vínculo en caso de evicción o vicios, porque el mismo ha desaparecido definitivamente al aceptar en su lugar otro diferente con nuevo objeto, y es a éste al que hay que referir todas las incidencias derivadas de los vicios, jurídicos o materiales, que presente dicho objeto.

En cambio, colocándose fuera de estas figuras jurídicas, resulta sencillo sostener la posición contraria. El acreedor eviccionado no tiene los recursos de la garantía que corresponden al acreedor ordinario respecto a la restitución del precio (aquí, suma debida) e indemnización de daños, sino que tan sólo tendrá derecho a recibir lo que originariamente le era debido. El acreedor sólo consintió en liberar al deudor bajo la condición de recibir la propiedad de la cosa dada en pago, y, en consecuencia, si esa condición no se realiza, revive el crédito primitivo y con él todas sus seguridades y garantías (62). En parecidos términos, para BELTRÁN DE HEREDIA, si, a consecuencia de la evicción, no se produce el traspaso de propiedad, la dación es nula y la obligación anterior resurge en la misma forma que estaba, con todas sus garantías (63).

¿Quid iuris? Quizá en esta materia no sea posible adoptar posturas radicales por las especiales circunstancias que en ella se dan y lo pertinente sea acudir a soluciones de compromiso que contemplen equilibradamente todos los intereses y conveniencias en juego, tal como ha hecho el artículo 1.197 del Código Civil italiano. Estimar que en caso de pérdida o vicios de la cosa el acreedor no tiene otra vía que la de reclamar responsabilidad al deudor por saneamiento, supone encerrarnos en los escuetos efectos de la compraventa sin que exista necesidad de ello, y considerar que en los mismos supuestos al acreedor sólo le queda la reclamación del débito originario, implica prescindir de unas atraentes consecuencias de las que cabe disfrutar sin necesidad de transigir con la compraventa, habida cuenta de que es posible la catalogación de la *datio in solutum* como contrato oneroso, en cuanto supone la entrega de un *aliud pro alio*.

En efecto, si la responsabilidad por evicción y vicios ocultos no es exclusiva de la compraventa, sino que opera en toda transmisión onerosa, y en la dación en pago, nos hallamos, como se dijo, ante un contrato de este tipo, parece natural que el acreedor que sufra evicción

(62) DÍAZ PAIRÓ: *Teoría general de las obligaciones*, II, La Habana, 1947, página 132.

(63) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 378.

o experimente perjuicio por los vicios ocultos de la cosa entregada en pago, goce, como cualquier otro adquirente contractual a título oneroso, de la oportuna acción para exigir al deudor la responsabilidad por saneamiento, ya que, como dice LACRUZ, deben aplicarse también, en consideración a la operación de cambio interno del objeto de la obligación, aquellas reglas de la venta o de la permuta válidas en cuanto paradigma de la transferencia con correspectivo, particularmente las relativas al saneamiento en caso de evicción o por vicios ocultos, ya que la obligación, ineludiblemente onerosa al entrañar la realización de un *aliud pro alio*, cumplida mal mediante la entrega del objeto evicto o viciado, plantea un conflicto de intereses muy semejante al que atienden los correspondientes preceptos de la compraventa (64).

En consecuencia, de la misma manera que en relación al ejercicio del retracto legal la ley equipara la *datio in solutum* a la compraventa (artículos 1.521 y 1.636 CC), y no porque entre ambas figuras exista unidad estructural, sino en razón de que la justificación del derecho de retracto resulta similar en uno y otro supuesto, aquí también resulta normal que, ante un vicio jurídico o material que presente la prestación dada en pago, cuente el acreedor con los mismos recursos judiciales de que dispone el comprador de una cosa en igual situación porque el juego de intereses en colisión es sustancialmente el mismo. Esto no quiere decir que en la *datio in solutum* haya venta, sino tan sólo que el acreedor dispone, por los vicios y defectos jurídicos y materiales del objeto entregado *in solutum*, de los derechos de un comprador, como si hubiese comprado el objeto por la suma de la deuda extinguida (65), algo que con meridiana claridad significa el párrafo segundo del artículo 1.197 del *Codice* cuando dispone que «si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad o de otro derecho, el deudor está obligado a la garantía por evicción de la cosa y por los vicios de la cosa según las normas de la venta». Se recurre al modelo más acabado y próximo, habida cuenta de que debe existir en este punto igualdad de tratamiento por hallarnos en la esfera de los contratos onerosos.

¿Se acabarán aquí los derechos del acreedor, cual ocurre en el párrafo 365 del *BGB*, o, por el contrario, podrá optar éste entre la reclamación del saneamiento y la exigencia de la prestación originaria, tal cual permite el artículo 1.197 del Código civil italiano y defendían los doctores del *ius commune*? El problema radica en el Derecho español en hallar la vía jurídicamente operativa que permita justificar la reviviscencia de la primitiva obligación.

(64) LACRUZ: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 94.

(65) VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, pág. 12.

BERCOVITZ, sobre la base de negar al acreedor la acción de saneamiento, considera que tanto los vicios de la prestación como la evicción de la cosa dada en pago son casos de dolo o error, en base a los cuales se puede pedir la nulidad de la acción en pago, renaciendo así la obligación originaria (66). LACRUZ, en cambio, concediendo al acreedor aquella acción, estima que la aplicabilidad del artículo 1.478 en caso de evicción no impide la reviviscencia de la deuda con su antiguo contenido, pues el hecho de que por la acción en pago de la cosa quede el *tradens* obligado al saneamiento no impide que, a la vez (o alternativamente), quepa la resolución del contrato de dación en pago incumplido, renaciendo entonces el derecho a la prenda o la hipoteca constituidas por el deudor en garantía de la prestación primitiva (67).

¿Anulación de la *datio in solutum* por vicio del consentimiento o resolución de la misma por incumplimiento de una de las partes? Ni una cosa ni la otra. No, respecto a la primera, porque el punto que se contempla, pérdida del contenido de la prestación por reclamación de tercero o vicios ocultos de la misma, queda fuera del ámbito de la invalidez contractual a que hace referencia la anulabilidad (y aun de la ineficacia sobrevenida). No, respecto a la segunda, porque el deudor que entrega la prestación dañada no está incumpliendo una obligación, sencillamente porque no ha nacido, en base a la dación en pago, obligación alguna a su cargo.

Como se ha dicho, la *datio in solutum* no se perfecciona hasta el momento en que el deudor ejecuta la prestación sustitutoria convenida, por lo que hasta dicho instante no existe otra obligación que la originaria y dicha ejecución pasa a conformarse como elemento intrínseco del contrato oneroso en que la figura consiste. ¿Qué ocurre si la prestación realizada en sustitución de la debida presenta defectos o vicios materiales o jurídicos?

(66) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 113. Ya LAURENT aseveraba que el artículo 2.038, al disponer que la liberación del fiador subsiste, aunque el acreedor sufre evicción de la cosa que recibió en pago, parte de la base de que quien entrega una cosa en pago sólo queda libre de su obligación de manera definitiva si ha transferido la propiedad de dicha cosa, pues si el acreedor sufre evicción, la dación en pago es nula y, por tanto, el deudor no se libera, y si la deuda principal subsiste, la fianza deberá subsistir: *Principes de Droit civil français*, XXVIII, Bruselas-París, 1878, pág. 283. También en nuestros días, BELTRÁN DE HEREDIA considera que si se acepta que la dación en pago es un contrato oneroso de transmisión dirigido a sustituir el pago, es preciso llegar a la conclusión de que dicho negocio, para ser perfecto y obtener plenos efectos, tiene que producir aquella transmisión y subsiguiente sustitución, por lo que si a consecuencia de la evicción no se produce el traspaso de propiedad, la dación es nula y la obligación antigua resurge en la misma forma que estaba con todas sus garantías: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 378.

(67) LACRUZ: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 94.

Pues, de igual manera que caso de manifestarse los mismos antes de la perfección de la *datio* el acreedor es libre de concluir o no el negocio, descubiertos después debe continuar gozando el mismo de idéntica posibilidad: Tener por concluida la dación en pago y, en consecuencia, acogerse a las acciones de saneamiento, o considerar la misma como no realizada en cuanto falta uno de sus elementos intrínsecos, la exacta caracterización de la prestación ofrecida, y, por tanto, poder reclamar el cumplimiento del primitivo vínculo. Es lo que ha hecho el Código civil italiano, al permitir al acreedor elegir entre la garantía por evicción y vicios ocultos y «exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño», situación que puede tener cabida en nuestro ordenamiento al no existir obstáculos institucionales para su admisión si se configura la *datio in solutum* de la forma que lo hemos hecho.

En el supuesto de que el acreedor opte por la segunda solución y se produzca la reviviscencia de la relación obligatoria, ¿renacerán también los derechos de garantía de que la misma gozaba? Si, como dice VON TUHR, «la dación en pago es un medio supletorio del cumplimiento de las obligaciones, y tiene los mismos requisitos y los mismos efectos que el cumplimiento normal» (68), parece natural sostener que, desaparecida la misma, las garantías del vínculo deberán reconstituirse en la misma forma que éste.

Los Códigos civiles suelen contemplar que la pérdida por evicción de la cosa entregada no revive la fianza (art. 2.038 del Código francés, artículo 1.849 del Código español, art. 1.197 del Código italiano de 1942, que habla más genéricamente de que «en cualquier caso no renacen las garantías prestadas por terceros»). Los autores que niegan la reconstitución del vínculo en caso de evicción consideran lógica esta consecuencia y la amplían a todas las restantes garantías de aquél. Los que admiten la reaparición del mismo en dicho supuesto se ven obligados a aceptar que el precepto en cuestión constituye una anomalía o, al menos, una excepción, ya que lo normal será que junto a la obligación principal se reconstruyan todos sus accesorios (69).

En realidad, pienso que habrá que distinguir entre garantías prestadas por el propio deudor y garantías prestadas por tercero. Respecto a las primeras, parece natural que si el primitivo deudor vuelve a ser deudor porque así lo desea el acreedor deban renacer también todas las seguridades que el mismo otorgó a la originaria obligación. Contra-

(68) VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, op. cit., pág. 12.

(69) MARTY y RAYNAUD, por ejemplo, estiman que la disposición del artículo 2.038 del Código Civil francés tiene carácter excepcional y, por tanto, resulta difícil de admitir su generalización a las otras garantías, como los privilegios (*sic*) y las hipotecas: *Droit civil*, II-1 (*Les obligations*), París, 1962, pág. 632.

riamente, si tales seguridades fueron constituidas por tercera persona (fiador, hipotecante no deudor) no tiene mayor sentido y justificación que la misma continúe afectada personal o realmente caso de que el acreedor, al sufrir la evicción, se haya decidido por reclamar la obligación primera, porque ello equivaldría a someter su afección jurídica a la libre determinación (y aun al capricho) de aquél. Continúan siendo válidas las palabras de los clásicos respecto a semejante trato favorable y benévolo al fiador, ya que «cuando el acreedor recibe una cosa en pago, el fiador se encontraría gravemente perjudicado si permaneciese expuesto a un regreso tardío en caso de evicción» (70).

Es más, el hecho de que los Códigos civiles, como el nuestro, contemplen que, sufrida la evicción por el acreedor, no renacerán las fianzas constituye una prueba indirecta, pero prueba al fin, de que en semejante evento queda abierta la reviviscencia de la obligación originaria, ya que en otro caso, ¿qué sentido tendría mencionar el no revivir de la fianza si al exigir responsabilidad por saneamiento el acreedor está aceptando la conclusión de la *datio in solutum* y, por tanto, todos los efectos extintivos de la misma respecto al principal y sus accesorios? El artículo 1.849 del Código Civil, no obstante la ausencia de contemplación directa de este subrogado del pago por nuestro primer cuerpo civil, permite deducir o, al menos, intuir que en nuestro sistema cabe que el acreedor se decida por reclamar la prestación primaria (y el resarcimiento del daño), ya que, en otro caso, no haría falta que el legislador recordara la extinción definitiva de la fianza, tan extinguida e inoperante ésta como las restantes garantías en el supuesto de que la dación en pago produzca definitivamente sus peculiares efectos. Cuando, no obstante, la ley remacha aquella extinción, lo que realmente nos está diciendo es que las restantes garantías sí pueden sobrevivir, pero para ello hará falta que, en caso de evicción, el acreedor pueda optar entre conformarse con exigir al deudor la responsabilidad por saneamiento o preferir la continuidad de la obligación primigenia, ya que mal podrían existir aquéllas sin la permanencia de ésta. Pienso también que, por analogía, la pauta del artículo 1.849 respecto a la fianza debe extenderse a cualesquiera otras garantías prestadas por terceros, al existir en uno y otros supuestos *eadem ratio*.

5. PAGO POR CESION DE BIENES. ANTECEDENTES

Ante el fenómeno de la insolvencia del deudor, bien por la carencia de efectivo monetario, bien por la falta de los recursos precisos para

(70) TROPLONG: *Du cautionnement*, París, 1846, núm. 583.

atender al cabal cumplimiento de sus obligaciones, y en razón de que no siempre resultan adecuados ni deseables los cauces de la suspensión de pagos, la quiebra y el concurso de acreedores, se explica que, en muchos casos, los acreedores prefieran llegar a acuerdos con sus deudores mediante la entrega de los bienes de éstos en pago de sus débitos. También aquí estamos en presencia de un subrogado del cumplimiento, que sustituye a éste para tratar de obtener de algún modo la satisfacción del derecho del acreedor que el deudor no pudo actuar y realizar el fin perseguido en la obligación por un medio distinto del previsto (71). En tal sentido, dispone el artículo 1.175 de nuestro Código Civil: «El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En el Proyecto de 1851, aunque el artículo 1.086 comprendía a la cesión de bienes entre las causas de extinción de las obligaciones, curiosamente GARCÍA GOYENA argumentaba que ni en el Derecho romano ni en el español la misma se estimaba de dicha manera, ya que si el deudor llegaba a mejor fortuna podía ser compelido al pago, salvo el beneficio de competencia. Por tanto, no veía «por qué se ha de colocar entre los medios de extinguir las obligaciones al que realmente no las extingue; al menos el Código francés, con más o menos propiedad, pone la cesión entre las especies de pago: aquí se la pone tras la quita o perdón» (comentario singular que revela que la aludida mención y la ubicación del mecanismo en estudio se hicieron contra el parecer de GARCÍA GOYENA, o, al menos, no salieron de su pluma) (72). En consecuencia, la sección séptima del capítulo V («De la extinción de las obligaciones») se ocupa de la figura de la cesión de bienes de manera pormenorizada a lo largo de once artículos, distinguiendo en el 1.146 entre la cesión convencional y la judicial.

En el Anteproyecto de 1882-1888, contrariamente, la cesión de bienes ya se contempla dentro de la regulación del pago y como una especie del mismo, a la vez que se prescinde de la dualidad apuntada y recoge tan sólo el pago por cesión de bienes judicial, quizá, como advierte BERCOVITZ, siguiendo la supresión de la figura en su modalidad extra-

(71) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 389; MICCIO: *La cessione dei beni nel concordato*, Milán, 1952, págs. 5 y sigs.

(72) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 584.

judicial llevada a cabo por el Código civil italiano de 1865 (73). Orientación que se mantiene en el vigente Código Civil, con la peculiaridad adicional de que en éste se prescinde también de la regulación sustantiva del mecanismo solutorio (salvo la contemplación del peculiar efecto de que la cesión sólo libera al deudor «por el importe líquido de los bienes cedidos»), remitiendo la misma a la Ley de Enjuiciamiento Civil y al título XVII del libro IV del propio Código, relativo a la concurrencia y prelación de créditos.

Sobre la base del principio de la responsabilidad patrimonial universal de los deudores (art. 1.199 CC), resulta lógico que éstos puedan convenir con sus acreedores la cesión de los bienes para que su importe sea aplicado a la satisfacción de los créditos, o bien, como dice VALVERDE, que en caso de insolvencia parcial, y sin convenio alguno, por iniciativa del propio deudor o de alguno de los acreedores, se llegue a la cesión legal de bienes, cual es el concurso de acreedores (74). Convenio de cesión de bienes judicial en este segundo caso (generado en el seno de un procedimiento de quiebra, concurso o suspensión de pagos) y extrajudicial en el primero.

La cesión judicial comprende la totalidad de los bienes del deudor y afecta a todos los acreedores, aunque no se exige la unanimidad de éstos, sino tan sólo su aceptación por una mayoría cualificada. Tal circunstancia determina que su sustancia se aproxime más a los acuerdos adoptados por socios o comuneros que a un estricto contrato privado. Tiene que producirse dentro de unos procedimientos judiciales determinados, precisa de la aprobación y control judiciales y sus efectos son también de naturaleza procesal, por lo que quizá resulte acertada la afirmación de Cossío de que el convenio judicial de cesión de bienes «reviste los caracteres de verdadera transacción judicial» (75).

Ahora bien, aunque no exista una regulación específica en el Código Civil, cabe también que, con independencia de los aludidos procedimientos judiciales, acreedor y deudor se pongan de acuerdo sobre la cesión de los bienes de éste a los primeros al objeto de que procuren la satisfacción de sus créditos. La autonomía privada y las pautas que enmarcan la cesión de bienes judicial suministran basamento suficiente para asentar esta figura, aunque no falten quienes se oponen a la mis-

(73) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 218.

(74) VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, III, Valladolid, 1937, páginas 173-174.

(75) COSSÍO: «Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas», en *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág. 7.

ma, alegando que contra ella conspiran el interés público, la posibilidad de fraude a otros acreedores y la expresa remisión del Código Civil a la cesión judicial.

En consecuencia, en la cesión extrajudicial cabe que el convenio se concluya con todos o parte de los acreedores, o tan sólo alguno o algunos de ellos, así como puede comprender la totalidad o solamente parte de los bienes del deudor. Como no existe la homologación judicial, es claro que aquí no puede funcionar el criterio de la mayoría y hará falta la unanimidad de todos los acreedores afectados (Sentencia de 11 de mayo de 1912). Sin embargo, la variedad de supuestos a que puede dar lugar el juego combinado de todas estas posibilidades quizá exija alguna puntualización complementaria, pues si bien resulta evidente que nada obsta a la admisión de un convenio extrajudicial por el que un deudor cede todos sus bienes a todos sus acreedores, o de aquel por el que parte del activo del obligado se pone a disposición de un sector tan sólo de los acreedores, la situación puede plantearse menos diáfana cuando el deudor proceda a ceder todos sus bienes a algunos de los que ostentan derechos de crédito frente a él.

Cossío considera que en tal caso el deudor incumple la obligación que le impone el artículo 1.175 del Código Civil (la de presentarse en concurso ante los Tribunales), burlando con ello los derechos de los restantes acreedores no cesionarios, por lo que estima que estaremos en presencia no de un simple contrato rescindible por lesión o fraude, sino de un pacto afectado de nulidad radical por imperio del artículo 4.º del Código Civil (hoy, 6.º, 3) (76).

Parece existir una cierta exageración en este planteamiento. De entrada, del artículo 1.175 del Código Civil no se deriva ninguna imposibilidad absoluta del supuesto estudiado porque la expresión «ceder sus bienes a los acreedores» permite, en principio, cobijar la hipótesis de cesión de todo el activo a parte de dichos acreedores. La dificultad no vendrá, pues, por el lado de que un convenio como el que se considera será nulo *in radice* por oponerse a una norma prohibitiva, sino que derivará más bien del hecho de que en virtud del mismo los acreedores no incluidos en el pacto pueden resultar afectados si el deudor no conserva solvencia suficiente para atender a la satisfacción de sus débitos.

Pero ello no guarda relación con la nulidad de la cesión. Se trata tan sólo del peligro real que corren los acreedores excluidos del convenio y, por tanto, de la tutela jurídica adecuada que los mismos deben merecer. ¿Hasta dónde debe llegar ésta? Habida cuenta que en la situa-

(76) *Ibid.*, pág. 9.

ción considerada se dan los dos elementos configuradores de la acción revocatoria o pauliana (el *eventus damni* y el *consilium fraudis*), el recurso adecuado será el ejercicio de la misma para impugnar el convenio que el deudor ha celebrado en fraude de los derechos de los acreedores excluidos del mismo (arts. 1.111 y 1.291, 3.º, del Código Civil). Dice bien, pues, LACRUZ, cuando señala que aunque la cesión extrajudicial puede convenirse con una parte de los acreedores, si no se tienen en cuenta los derechos de los demás, los excluidos podrán impugnarla por fraude o bien inutilizarla mediante la incoacción del juicio universal de quiebra y la retroacción de ésta (77).

Históricamente, la cesión de bienes arranca en el Derecho romano como un mecanismo de naturaleza procesal que sirve para actuar una modalidad concreta del proceso de ejecución patrimonial, aquella que a través de la *missio in bona* pretoria permite adjudicar al acreedor la posesión de todos los bienes del deudor, a similitud del procedimiento seguido por el Estado contra sus deudores. Ello no impedía, empero, que los acreedores pudiesen optar por la ejecución personal, por lo que la *lex Iulia de bonis cedendi* vino a neutralizar semejante peligro al permitir al deudor excluir aquélla mediante la entrega a su iniciativa de todos los bienes a los acreedores, aparte de excluirlo de la tacha de infamia y de habilitarle para el goce del *beneficium competentiae*.

Decae este mecanismo durante los primeros tiempos de la dominación germánica, favorables al principio de la ejecución personal del deudor, y renace con la recepción del Derecho romano justiniano, bajo la doble modalidad de cesión honorable y cesión ignominiosa de acuerdo a la malicia observada por el deudor y a su rango y alcurnia. En España, se puede observar al detalle esta evolución, pues mientras en el Fuero Juzgo se acoge la ejecución personal («debe facer paga a cada uno según quel debe, e si non, sea siervo de todos»), las Partidas, fundadas en el principio contrario de la ejecución patrimonial, admiten en toda su amplitud el recurso a la cesión bajo la proclamación principista de que «desamparar puede sus bienes todo ome libre..., no habiendo de qué pagar lo que debe» (78).

El Código civil francés da entrada ampliamente a la figura en sus

(77) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 95. En el Derecho civil italiano no existe obstáculo para que la cesión se celebre con tan sólo algunos de los acreedores y por la totalidad de los bienes del deudor (art. 1.977), sin que ni siquiera haga falta recurrir en este supuesto al mecanismo de la acción pauliana, ya que, según dispone el párrafo segundo del artículo 1.980, los acreedores anteriores a la cesión que no han participado en ella pueden accionar ejecutivamente también sobre tales bienes. Prueba del carácter contingente y relativo de las soluciones que pueden adoptarse al respecto.

(78) P. 5,15,1,2,3 y 4.

dos variantes de judicial y voluntaria o extrajudicial bajo la fórmula de que «la cesión de bienes es el abandono que un deudor hace de todos sus bienes a sus acreedores, cuando se encuentra en la imposibilidad de pagar sus deudas» (art. 1.265). Remite los efectos de la cesión voluntaria a lo que resulte de las estipulaciones de las partes (artículo 1.266) y establece respecto a la judicial que la misma no confiere la propiedad de los bienes a los acreedores, sino que tan sólo les concede el derecho de hacer que se vendan los bienes a su favor y el de percibir los ingresos de los mismos hasta la venta, aparte de que no libera al deudor sino hasta la concurrencia del valor de los bienes abandonados, y, en el caso de que fueren insuficientes, si llegare a adquirir otros, está obligado a abandonarlos hasta el pago completo (art. 1.268, 1.269 y 1.270).

En el Derecho italiano, mientras el Código civil de 1865 prescinde de regular la cesión extrajudicial y remite la judicial a las normas del concurso, el vigente de 1942, aunque tampoco se ocupa de esta última, ha procedido a la normación minuciosa, precisa y certera de la primera a lo largo de, nada menos, diez artículos, sobre la base de entender que «la cesión de los bienes a los acreedores es el contrato por el cual el deudor encarga a sus acreedores o a algunos de ellos que liquiden todos o algunos de sus activos y se repartan entre sí el producto en satisfacción de sus créditos» (art. 1.977), correspondiendo a los acreedores la administración de los bienes cedidos (art. 1.979), viniendo obligados los mismos a repartirse las sumas obtenidas en proporción a los respectivos créditos (art. 1.982), admitiendo que el deudor tiene derecho a controlar la gestión y a obtener la rendición de cuentas (artículo 1.983) y disponiendo que «si no existe pacto en contrario, el deudor queda liberado frente a los acreedores sólo desde el día en que éstos reciban la parte que les corresponde sobre el producto de la liquidación y dentro de los límites de lo que han recibido» (art. 1.984).

6. NATURALEZA JURIDICA DE LA CESION DE BIENES EXTRAJUDICIAL

Aunque al hablar el artículo 1.175 de nuestro Código Civil, con notoria imprecisión técnica, de que el deudor puede ceder sus bienes «en pago» de sus deudas parece propiciar una cierta identificación entre esta figura y la *datio in solutum* ya estudiada, lo cierto es que no cabe

confusión alguna entre uno y otro instituto (79). En efecto, mientras en la dación en pago hay transmisión del derecho de propiedad o de otro derecho al acreedor, en la cesión de bienes sólo se atribuye a los acreedores la facultad de poder liquidar los bienes cedidos para cobrarse con el importe que obtengan. Paralelamente, así como mediante la dación se produce la extinción total de la obligación con independencia de la adecuación o no entre el monto del crédito y el valor de lo entregado o realizado, en la cesión de bienes la extinción sólo se produce hasta donde alcance «el importe líquido de los bienes cedidos». La diferencia es clara ya que en la dación en pago estamos ante un negocio *pro soluto*, en cuanto con la entrega se extingue la deuda, y en la cesión de bienes ante un negocio *pro solvendo*, pues la liberación tan sólo se producirá, y en la medida que proceda, tras la liquidación y atribución a los créditos del monto obtenido en ésta. Tiene razón, por tanto, GAMBÓN ALIX al considerar que en lugar de «en pago» el Código debió hablar de «para pago» (80).

A. LA CESIÓN DE BIENES COMO MANDATO IRREVOCABLE

La postura tradicional de ver en el convenio de cesión de bienes un contrato de mandato ha recibido un impulso considerable al disponer el artículo 1.977 del nuevo Código civil italiano de 1942 que por su través el deudor «encarga» a sus acreedores. En tal sentido, BELTRÁN DE HEREDIA estima que la cesión de bienes es un contrato de mandato (mandato para enajenar o liquidar) entre el deudor y los acreedores, a los que otorga un poder para que lleven a cabo las opera-

(79) Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1969, «la cesión de bienes a los acreedores no debe confundirse con la dación en pago, pues, como ha precisado la doctrina de este Tribunal, aquélla implica abandono de los bienes del deudor en provecho de los acreedores para que éstos apliquen su importe líquido a la satisfacción de su crédito, mientras que en la dación en pago, regulada analógicamente por las reglas de la compraventa al carecer de reglas específicas, el crédito que con ellos se satisface adquiere la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen; en un caso se está en presencia de una *cessio pro solvendo*, pues, como dice el legislador, el pago por cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, mientras que en el otro se trata de una *cessio pro soluto*, en el sentido de que la entrega produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación, debiéndose añadir que la diferencia es terminante en cuanto a la traslación del título real, puesto que así como la cesión atribuye la posesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio, en la dación se produce una verdadera transmisión del dominio, sin restricción ni cortapisa alguna». También, Sentencia de 13 de mayo de 1973.

(80) GAMBÓN ALIX: «Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 1071.

ciones liquidatorias y puedan cobrarse con lo obtenido, pues sólo de esta forma se puede explicar el derecho de control que corresponde al deudor, el de rendición de cuentas y el derecho al remanente de lo que se obtenga. Este poder concedido a los acreedores es irrevocable mientras no se cumpla la obligación por parte del deudor, al objeto de proteger los intereses de los acreedores cesionarios. Y, en fin, la cesión produce un vínculo de indisponibilidad por parte del cedente que se corresponde con el poder que ostentan los acreedores para efectuar los actos enajenatorios precisos a efectos de liquidación (81).

También LACRUZ parece enfocar así la figura al considerar que los acreedores, al vender, actúan representando al deudor en ese negocio concreto, y éste no podrá retirarles la representación ni el encargo de liquidar fielmente el activo y destinar el resultado a la extinción de los créditos (82). Para ALBALADEJO, el deudor entrega sus bienes en posesión y administración a los acreedores, dándole poderes, irrevocables en principio, para que los liquiden y apliquen el precio al pago de sus créditos (83). BERCOVITZ piensa que la teoría refleja adecuadamente la coordinación de intereses existentes (los acreedores tienen interés en cumplir el mandato porque así cobran antes y más, el deudor tiene interés también en su cumplimiento porque así queda liberado de sus deudas antes y en la mayor medida posible) y resulta suficientemente explicativa, amén de presentar la ventaja adicional de permitir acudir a la regulación que contiene el Código Civil sobre el contrato de mandato (84). Muy recientemente, también CRESPO ALLUÉ ve en el convenio entre deudor-cedente y los acreedores un verdadero y propio contrato de mandato por el que se otorga a éstos un poder para que lleven a cabo las operaciones liquidatorias y puedan cobrarse con lo obtenido, mandato que tiene carácter irrevocable debido a la obligatoriedad que para ambas partes reviste el convenio de cesión de bienes (mandato representativo irrevocable de liquidación y pago de deudas será, pues, su caracterización) (85).

Es, asimismo, la posición de nuestra jurisprudencia, contraria siempre a ver en la cesión de bienes (desamparamiento o abandono la llama, recogiendo la terminología clásica) una transferencia de la propiedad de los bienes a los acreedores. Así, en la Sentencia de 11 de mayo de 1911, nuestro Tribunal Supremo advierte que el único objeto y los efectos atribuidos a la cesión «consisten en que el deudor confiere a los

(81) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., págs. 432 y sigs.

(82) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 95.

(83) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., pág. 146.

(84) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 223.

(85) CRESPO ALLUÉ: *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, págs. 268-269.

acreedores la posesión y administración de los bienes y un mandato para proceder a su venta en beneficio de los cesionarios y al pago de sus respectivos créditos, operaciones que no presuponen un cambio de dueño, puesto que pueden practicarse mediante el ejercicio de tales facultades». Y en el mismo sentido, numerosos fallos posteriores: Sentencias de 6 de junio de 1935, 9 de diciembre de 1943, 13 de marzo de 1953, 1 de marzo de 1969, 3 de enero de 1977, etc. La Sentencia de 13 de marzo de 1953 habla concretamente de «mandatario con autorización representativa para vender los bienes cedidos».

B. LA CESIÓN DE BIENES COMO TRANSMISIÓN DE LA FACULTAD DE DISPONER

Ante la evidencia de que en la cesión de bienes el deudor se priva del derecho de disponer de los bienes cedidos, esto es, queda sujeto, como dice MESSINEO, a un vínculo personal de indisponibilidad de los mismos (86), no han faltado autores que ven en aquélla un contrato que produce, no la transmisión de la propiedad de los bienes, sino tan sólo de la facultad de disponer de ellos. Algo que permitiría sostener la diferenciación entre la indisponibilidad de los bienes cedidos y la irrevocabilidad del poder concedido a los acreedores, en cuanto no haría falta recurrir a ésta para defender aquélla, habida cuenta de que el deudor habría perdido el *ius disponendi* respecto a los bienes objeto de la cesión.

En tal sentido, FOÁ, sobre la base de distinguir entre una facultad genérica de disposición y una facultad concreta, considera que esta última, atributo de cada derecho subjetivo, puede ser transmitida, concediendo a los acreedores el poder de administración, de percibir frutos y de actuar en juicio, esto es, la posibilidad que la ley atribuye a una persona de influir con su voluntad en la tutela del interés (87). En opinión de DI PACE en la cesión de bienes tiene lugar una «sustitución sustancial convencional», en cuya virtud se atribuye al acreedor legitimación para disponer del derecho ajeno en nombre propio y al servicio de un interés distinto del interés del titular del derecho (88). Para CANDIAN, en fin, en la cesión de bienes el interés que se tutela no es el del deudor sino el de los acreedores, y por ello aquél pierde la facul-

(86) MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, página 284.

(87) FOÁ: «Cessione dei beni ai creditori», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1934, I, págs. 40 y sigs.

(88) DI PACE: «Natura giuridica della cessione dei beni», en *Foro Italiano*, 1938, I, págs. 777 y sigs.

tad de disponer los bienes cedidos que pasa a los acreedores, dando lugar a la formación de un patrimonio separado (89).

Un cierto eco de esta concepción parece hallarse en la Sentencia de 23 de mayo de 1935, cuando nuestro Tribunal Supremo habla de que mediante las adjudicaciones para pago de deudas «se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición», ya que los adjudicatarios no pueden atribuirse un dominio absoluto o para toda clase de fines, sino «tan sólo, cumpliendo la voluntad del testador, para pagar las deudas de la testamentaria».

C. LA CESIÓN DE BIENES COMO TRANSMISIÓN FIDUCIARIA DE LA PROPIEDAD

Sobre la base de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922, que, en relación a la adjudicación para pago de deudas, consideró que en ella estamos lejos de la representación y de los contratos que la provocan, ya que «el adjudicatario aparece desde el primer momento revestido de facultades y de derechos exclusivos, y que ejerce en propio nombre, aunque por deber de atender a un interés ajeno, y por encontrarse en cierto modo privado del goce de los bienes adjudicados, más bien sea un propietario formal, legalmente autorizado para disponer de los mismos, que un dueño material que los disfrute económicamente», y de la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1935, que habla, en función de la misma figura, de que «por ella se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición y caracterizado por su finalidad fiduciaria, o sea, por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno», Cossío elaboró la teoría de que en la *cessio bonorum* tiene lugar la transmisión a los acreedores de la propiedad fiduciaria de los bienes cedidos.

Parte este autor de que cuando un deudor cede sus bienes a los acreedores no se limita a establecer un simple vínculo de naturaleza personal que podría reflejarse en la figura del mandato liquidatorio irrevocable, pues ello llevaría a tener que aceptar que, pese a la cesión, el cedente continúa siendo el único propietario de los bienes cedidos y, por tanto, la posibilidad de que éstos serían susceptibles de traba en futuros procedimientos promovidos por acreedores posteriores al convenio. ¿Se habrá producido, pues, una verdadera transmisión de la propiedad a los cesionarios? Estima que no, ya que la cesión se hace ex-

(89) CANDIAN: «La cessione dei beni ai creditori», en *Saggi di Diritto*, III, Milán, 1949, págs. 187 y sigs.

clusivamente para que los bienes sean vendidos y repartido su precio entre los acreedores, y a ello habrán de reducirse las facultades de éstos en relación a dichos bienes. Semejante derecho de disposición no es el amplio derecho de disposición que corresponde al titular del dominio pleno, ya que excluye la posibilidad de gravar la propiedad, de disponer de ella a título gratuito, e incluso, a título oneroso en formas que no sean de venta propiamente dicha (mero derecho de venta, pues).

El cedente, por su parte, pierde mediante la cesión los derechos propios del dominio, en cuanto carece de las facultades de disposición y de disfrute de los bienes, con lo cual parece propiciarse un cierto vacío dominical al no resultar propietarios tampoco los cesionarios. En realidad, piensa Cossío, el derecho de venta, administración y disfrute de los acreedores no es una mera representación del verdadero dueño, sino que es ejercitado en nombre propio y «constituye un derecho dotado de propia sustantividad, que en cuanto recae directa o inmediatamente sobre la cosa, y puede hacerse valer no sólo contra el cedente, sino también frente a terceras personas, tiene todas las características del verdadero derecho real, y confiere a los cesionarios una auténtica titularidad sobre los bienes cedidos».

Esta titularidad se constituye para proteger un interés propio de los cesionarios, y en la medida de este interés se halla determinado su contenido y alcance: las facultades de éstos son las imprescindibles para conseguir, mediante la venta y disfrute provisional de los bienes, la satisfacción total o parcial de sus respectivos créditos. Por ello, si se entiende por propiedad fiduciaria aquella propiedad limitada en la medida necesaria para la consecución de una finalidad superior a la que parece afecta, estima Cossío que aquí nos hallamos ante una manifestación de la misma, pues se trata de una propiedad concentrada en la persona de los cesionarios, sometida a determinados vínculos y adscrita a una finalidad concreta que excede del mero interés personal de sus titulares. Claro que deberá advertirse que las relaciones jurídicas que derivan del contrato de cesión de bienes no se agotan en el plano real, sino que abarcan también las relaciones obligatorias que surgen entre las partes y que no trascienden a las relaciones exteriores con los terceros, por más que exijan «una regulación de los vínculos personales que subsisten entre el cedente y los cesionarios» (90).

(90) Cossío: *Convenios extrajudiciales...*, loc. cit., págs. 15 y sigs.

D. LA CESIÓN DE BIENES COMO NEGOCIO JURÍDICO DE AUTORIZACIÓN

Prescindo aquí de la exposición de las numerosas teorías, formuladas preferentemente por los autores italianos, que cabe catalogar de eclécticas en cuanto distinguen en la cesión de bienes un aspecto de carácter estructural o civil y otro procesal o funcional, o bien consideran que debe distinguirse entre relaciones internas y externas. Así, BETTI ve en la *cessio bonorum* un mandato para liquidar y un contrato de «autorización» de autotutela «privada» al mismo tiempo (91). De manera parecida, SOTGIA califica a la cesión de bienes como un «mandato para gestionar y liquidar y al propio tiempo un contrato de autotutela convencional privada», aspectos que revelan el lado estructural y el funcional de la figura (92). Para CARRESI, en cambio, aunque procesalmente considera también al instituto como «forma de autotutela convencional», desde el ángulo civil estima que el mismo no puede ser mandato, por la naturaleza esencialmente revocable de éste, sino que se trata de un contrato que origina un «patrimonio separado» (93).

BETTI, profundizando más en el aspecto civil de la figura, sostiene que en la misma se da un negocio jurídico unilateral que confiere poder para liquidar y que es propiamente una autorización que se incorpora al contrato de cesión, y en cuya virtud se pueden realizar actos de gestión e incluso de disposición destinados a operar en la esfera jurídica de otra persona. De ordinario, no hace falta la representación para tal cometido; mas si se utiliza, entonces se presenta no como un *aliud*, sino como un *plus* añadido a la simple autorización.

El negocio de autorización, aunque presente semejanzas con el contrato de mandato, se diferencia de él en que mientras el mandatario contrae la obligación de desarrollar una determinada actividad, el autorizado está adornado de una facultad para realizar ciertos actos y resulta, por tanto, libre de transferir o no los efectos de dichos actos al autorizante.

En nuestra doctrina ha sido DÍEZ-PICAZO el autor que se ha inclinado en esta dirección al considerar que existe en la cesión de bienes un negocio de autorización «por virtud del cual se concede a los acreedores una especial legitimación para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes del deudor» (94).

(91) BETTI: «Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1935, II, págs. 304 y sigs.

(92) SOTGIA: «La cessione dei beni ai creditori», en *Trattato di Diritto civile italiano de Vassalli*, IX-3, Turín, 1954, págs. 6 y sigs.

(93) CARRESI: «Natura giuridica cessione dei beni ai creditori», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1947, I, págs. 133 y sigs.

(94) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 666.

E. CRÍTICA Y OPINIÓN

La construcción del convenio de cesión de bienes como un mandato para enajenar o para liquidar tropieza con la dificultad inicial de que siendo el mandato libremente revocable por el mandante (en cuanto negocio *intuitu personae*), en la cesión, en cambio, resulta obvio que el deudor cedente no puede retractarse de la misma en cuanto el interés que se coloca en primer plano no es el suyo, sino el de los acreedores a obtener la satisfacción de sus derechos y en cuanto la libre revocación vendría a otorgar al supuesto mandante unas facultades exageradas e insólitas, difícilmente justificables en un negocio en el que la iniciativa jurídica no le corresponde a él, sino a la contraparte. Sin embargo, esta objeción podría desecharse hoy sin problemas no sólo en aquellos ordenamientos, como el italiano, en los que la revocabilidad ha pasado a ser mero elemento natural del mandato (art. 1.723 del *Codice*), sino también en aquellos otros, como el español, en los que, pese a disponer que «el mandante puede revocar el mandato a su voluntad» (art. 1.733 del CC), se admite modernamente que determinados contratos de mandato son irrevocables por naturaleza o por pacto, algo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, frente a su primigenia postura en pro de la libre revocabilidad, viene admitiendo hoy sin esfuerzo (Sentencias de 22 de mayo de 1942, 26 de noviembre de 1954, 31 de enero de 1956, 2 de noviembre de 1962, 21 de diciembre de 1963, 6 de marzo de 1967, 4 de mayo de 1973, 8 de abril de 1980, 20 de abril de 1981, etc.).

Mayor peso tiene el alegato de que mientras el mandato es un contrato que se otorga en favor del mandante («prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra», art. 1.709 CC), en la cesión de bienes los favorecidos son los cesionarios (presuntos mandatarios). Mas todavía en este caso cabe replicar que, aparte de la posibilidad de la *procuratio in rem suam*, podría estimarse que en la cesión de bienes estamos ante la variedad de mandato que GAYO denominaba *mandatum tua et mea gratia* (mandato en interés del mandatario y del mandante), ya que la liquidación de los bienes del deudor se realiza también en interés suyo, pues, además de satisfacer sus deudas, percibirá el remanente caso de que exista; incluso, apurando mucho los términos, podría llegarse a considerar que en el contrato de cesión de bienes estamos en presencia de un mandato normal en beneficio del mandante (deudor que cede los bienes), ya que cuando los acreedores cesionarios proceden a liquidar los bienes y a aplicar el producto al pago de los créditos, el que realmente se beneficia es dicho deudor, «a quien los acreedores prestan el servicio de saldar, mediante liquida-

ción de sus bienes, total o parcialmente sus deudas» (95). Sutileza ciertamente exagerada.

En cambio, no parece que el hecho de que el artículo 1.175 del Código Civil hable de «ceder sus bienes» constituya, según pretende Cossío, alegato fundamental contra la tesis del mandato, en base a que «aún en el caso de que no exista una verdadera y propia transmisión de la propiedad, los acreedores reciben aquí algo más sólido y sustancial que un mero mandato representativo» (96). Realmente, la expresión «ceder los bienes» no tiene en el precepto en cuestión un contenido sustantivo sino meramente circunstancial y no cabe, por tanto, extraer de ella ninguna consideración determinante de cara a la configuración del instituto, ya que, como con acierto dice BELTRÁN DE HEREDIA, «carece de valor por sí sola» (97).

En realidad, la admisibilidad de la cesión como un mandato liquidatorio y de pago, aunque pudiera rastrearse algún interés del deudor en la figura, choca con la evidencia de que estamos ante un contrato en el que prepondera de una manera clara, directa y determinante el interés de los acreedores-cesionarios (98), y en el que desaparece la relación de gestión («prestar algún servicio o hacer alguna cosa») tan característica del genuino mandato. Aun en el Derecho italiano, MESSINEO considera, con razón, que debe rechazarse la tesis del mandato para enajenar a causa del carácter genérico de tal calificación, ya que realizar un acto jurídico por cuenta de otro es demasiado indeterminado en la especie, si se presta atención a que la cesión de los bienes a los acreedores implica un encargo de liquidar los activos y de repartir su producto (99).

Ver en la cesión de bienes un negocio por el que se traspa a los acreedores el *ius disponendi* sobre los bienes cedidos, aunque tenga la ventaja de que refleja algo que ocurre en la práctica, en razón de que aquéllos, efectivamente, van a proceder a la liquidación de los activos

(95) Cossío: *Convenios extrajudiciales...*, loc. cit., pág. 11. Más matizadamente, SORGIA asevera que «en la cesión concurren no sólo los intereses de los cesionarios, sino incluso el del cedente, pudiendo consistir este último en la obtención del resultado constituido por el cumplimiento de sus propias obligaciones y el pago de sus propias deudas a los cesionarios»: *La cesión de bienes*, Barcelona, 1961, página 95.

(96) Cossío: *Convenios extrajudiciales...*, loc. cit., pág. 11.

(97) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 426.

(98) En la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1953 se reconoce, en tal sentido, que «en el instituto de la *cessio pro solvendi causa*, o entrega de bienes para pago o en función de pago de deudas, juegan intereses del acreedor y también del deudor, a quien trasciende el buen o mal uso que aquél haga del patrimonio que se cede para venta, sin transferencia de dominio; pero a pesar de ese interés común, no se puede desconocer que prepondera el interés del acreedor, dada la finalidad buscada de extinguir o satisfacer el crédito.

(99) MESSINEO: *Manual ..*, IV, op. cit., pág. 286.

del deudor, tiene el inconveniente dogmático de que en cuanto al poder de disposición forma parte del contenido del derecho y no es otra cosa que la posibilidad que tiene un sujeto de producir, mediante acto jurídico, la modificación del derecho de que es titular, no cabe su atribución a una persona distinta de aquella a la que corresponde el derecho (100), y en nuestro caso, por tanto, no puede admitirse que los acreedores ostenten el *ius disponendi* en relación a derechos cuya titularidad sigue perteneciendo al deudor-cedente.

Respecto a considerar la *cessio bonorum* como una transmisión fiduciaria de la propiedad de los bienes cedidos implica un forzamiento de la situación y una desnaturalización de conceptos que difícilmente admite la figura de la propiedad fiduciaria. En efecto, como no cabe estimar que el cedente haya perdido la propiedad de los bienes por claras y palmarias evidencias jurídicas, Cossío se ve en la necesidad de reconocer que a los cesionarios no les corresponde otros derechos sobre los activos del deudor que el *ius distrahendi*, derecho cercano a la garantía hipotecaria, pero que no debe catalogarse como propiedad fiduciaria, entendiéndose por ésta la «propiedad sometida a determinados vínculos y adscrita a una finalidad concreta que excede del mero interés personal de sus titulares».

El pie forzado de que arranca Cossío le lleva a tener que admitir tácitamente que respecto a los bienes cedidos coexisten dos propietarios (¿por qué no se conforma, en consecuencia, la situación como un supuesto de cotitularidad?), con lo que, por un lado, atenta contra el carácter exclusivo del derecho de dominio (*duorum in solidum dominium esse non potest*) (101), y, por el otro, desnaturaliza la noción de propiedad fiduciaria, al ignorar que ésta es una propiedad plena, que las limitaciones que afectan a su extensión y a su duración no recaen sobre el derecho real en sí, sino sobre su titular (simples obligaciones personales de éste) y que, por tanto, según dice NAVARRO MARTORELL, la propiedad fiduciaria debe definirse como «una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo de duración de su titularidad» (102).

En fin, estimar que la cesión de bienes constituye un negocio de autorización, en el sentido que define a esta variedad negocial la doctrina como «declaración de voluntad por la cual una persona, el autorizante,

(100) LADARIA CALDENTY: *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, páginas 10 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES: *El tercero registral en el Derecho venezolano*, Caracas, 1967, pág. 39, y *Estudios de Derecho civil*, Caracas, 1970, pág. 27.

(101) CELSO: D. 13,6,5,15.

(102) NAVARRO MARTORELL: *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, páginas 193 y sigs.

hace posible y lícito que otra persona, el autorizado, altere la esfera jurídica de aquélla mediante negocios jurídicos o actos materiales sin tener derecho ni obligación» (103), nos sitúa fuera del marco exacto en que se mueve la figura, porque en ella no nos encontramos tan sólo ante una situación jurídica configurada por el hecho de que los acreedores-cesionarios ostenten la facultad de inmiscuirse en la esfera patrimonial del deudor-cedente, sino que lo característico de aquélla radica en que, como asevera GAMBÓN ALIX, «los acreedores se obligan a vender los bienes: no existe aquí una facultad, sino un auténtico deber jurídico a cuya ejecución pueden ser compelidos por el deudor cedente» (104).

Al parecer de Díez-PICAZO de que en la cesión de bienes estamos ante un negocio jurídico autorizativo por virtud del cual «se concede a los acreedores una especial legitimación para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes cedidos», aparte de que pueden oponerse las puntualizaciones recién señaladas, cabe objetar también el que ponga a jugar a favor de los acreedores la figura de la legitimación, que añade una nueva dificultad y torna más compleja desde el punto de vista dogmático la situación (¿qué clase de legitimación será ella, y cabe una legitimación indirecta fuera del campo de la representación?), amén de difuminar en extremo la línea divisoria entre ese pretendido negocio de autorización y el mandato liquidatorio representativo que tradicionalmente suele verse en el mecanismo de la cesión de bienes.

En realidad, como tantas veces ocurre en el Derecho civil, se ha padecido en este punto una verdadera inflación doctrinal mediante la formulación de excesivas teorías respecto a una figura jurídica que no presenta grandes dificultades para su correcta caracterización. La cesión de bienes para pago de deudas, de entrada, constituye un contrato nominado que no reclama, por tanto, su subsunción en otra variedad contractual (mandato, por ejemplo) por tener fisonomía y justificación propias. Y esto vale lo mismo en el Derecho civil italiano, en el que existe una regulación completa de la cesión de bienes (arts. 1.977-1.986 del *Codice*), algo que elude, como dice MESSINEO, la necesidad de que la misma tenga que valerse de la referencia directa a las normas reguladoras del mandato (105), como en el Derecho español, por más que éste dedique un único precepto (art. 1.175 CC) a la normación de la *cessio bonorum*, ya que tanto por la ubicación legal del precepto como por

(103) NATTINI: «Il negozio autorizzativo», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1912, págs. 487 y sigs.

(104) GAMBÓN ALIX: *Notas sobre la naturaleza jurídica...* loc. cit., pág. 1071.

(105) MESSINEO: *Manual...*, IV, op cit., pág. 286.

la precisión conceptual que el mismo formula se puede proceder a la exacta modulación del instituto.

El contrato de cesión de bienes ni produce la extinción de las precedentes obligaciones (en esto se diferencia de la *datio in solutum*) ni supone tampoco un «encargo» que el deudor hace a los acreedores para que éstos liquiden los bienes y apliquen el producto al pago de los créditos (MESSINEO ha señalado que el término «encarga» del artículo 1.977 del Código Civil italiano es totalmente inocuo y carece de virtud cualificadora), ni mucho menos da lugar a una verdadera cesión en cuanto no hay traslación de titularidad, sino tan sólo genera una relación jurídica compleja (cuyo exacto contenido luego tendremos ocasión de indagar) que supone que acreedores y deudor se han puesto de acuerdo para que los primeros puedan transformar en metálico los bienes del segundo y proceder con el mismo a la satisfacción de sus derechos. Situación que tiene su propia peculiaridad jurídica que impide la subsumción de la misma en otra figura típica y que está adornada de justificación singular, ya que por su través se arbitra un procedimiento que permite alcanzar los efectos del pago. En tal sentido, tiene razón BERCOVITZ cuando señala que mientras la dación cumple las funciones del pago, hace de pago, la cesión no lo sustituye, sino que conduce a él.

Porque ahí está la clave para la caracterización del instituto. Cuando el deudor acude a la cesión de bienes lo hace porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones, pero con el propósito de abordar tal cumplimiento mediante el mecanismo que pone en marcha. Existe, pues, un objetivo solutorio que se configura como la causa del contrato de cesión y la habilitación de un procedimiento (la venta de los bienes cedidos) que posibilitará su consecución. Esta finalidad de pago impregna al contrato todo, le presta carácter e impide su confusión con otras figuras más o menos próximas o funcionalmente similares. Determina, en definitiva, su configuración como un subrogado del pago o cumplimiento, ya que permite alcanzar los efectos extintivos y liberatorios de éste a través del camino indirecto que supone habilitar a los acreedores para obtener, con cargo a los bienes del deudor, los recursos precisos para la realización de sus derechos.

7. ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE CESION DE BIENES

Aunque por la especial circunstancia que suele rodear la conclusión de este contrato (deudor que no alcanza a cubrir de manera normal todos sus compromisos obligacionales), lo normal sería considerar que

el mismo tenga lugar con todos los acreedores y por lo totalidad de los bienes del obligado, lo cierto es que tal nota no es esencial a la figura, ya que puede concluirse también con tan sólo uno o varios de dichos acreedores y afectar únicamente a parte del activo patrimonial del deudor, según ya tuvimos ocasión de considerar en páginas antecedentes.

¿Podrán adherirse al contrato los acreedores no otorgantes *ab initio* del mismo? BELTRÁN DE HEREDIA, siguiendo el parecer de SOTGIA, considera que sí y ve en el contrato de cesión de bienes un contrato de adhesión, esto es, un contrato abierto en el que se permite la entrada de otros contratantes que tengan los mismos intereses e idéntica postura jurídica que la de los estipulantes originarios, adhesión que se hará mediante la simple declaración unilateral de los acreedores que la deseen (106). Arribar a esta conclusión supone una clara colisión con lo que se acaba de decir respecto a que el contrato de cesión no requiere la intervención de todos los acreedores. De la misma manera que en el mismo no estamos ante un negocio de formación sucesiva o ante un contrato a favor de terceros, tampoco nos hallamos ante un contrato abierto o de adhesión, sino frente a un convenio que caso de cerrarse con uno o varios acreedores queda circunscrito a ellos, sin que quepa la inclusión de otros diferentes a no ser con expresa aceptación del deudor y de los acreedores originarios, únicos a los que concierne los efectos del contrato concluido. Sólo en el caso de ver en la cesión de bienes una figura que deba comprender a todos los acreedores y afectar a todos los activos del deudor habría que concluir que dicho convenio estaría abierto a cualquiera que acreditase su condición de acreedor del cedente. Al no ser así, debe concluirse en sentido contrario, y el hecho de que el artículo 1.981 del Código Civil italiano hable de «acreedores que han concluido el contrato o que se han adherido a él» (frase que ha propiciado la tesis que se critica) debe entenderse dentro de las coordenadas recién expuestas, que no son las de la adhesión sino las de la ampliación del contrato.

¿Contrato real o contrato consensual? En una primera impresión pudiera parecer que si el contrato se nomina como de cesión de bienes, la entrega de éstos deberá constituir requisito para su perfección y, por tanto, configurarse como contrato real *quoad constitutionem*. En tal sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1910 y 1 de marzo de 1969 rechazaron la existencia de genuina cesión de bienes por no haberse realizado la entrega de los mismos al acreedor; y, en idéntico sentido, BERCOVITZ estima que dicha entrega es necesaria para la perfección de la cesión, tanto por razones terminológicas como funcio-

(106) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento* ..., op. cit., págs. 439-440.

nales, ya que sólo cuando el deudor haya entregado la posesión de los bienes y otorgado los poderes irrevocables (él acepta la teoría del mandato liquidatorio con poder irrevocable anejo) se podrá entender que los acreedores quedan vinculados a la cesión y a lo que ella implica: ejecución del mandato de liquidación y cobro, y abstención de actuar mientras tanto contra el deudor para reclamar el pago de los créditos (107).

Las razones terminológicas son fáciles de superar, ya que la expresión legal «cesión de bienes» no tiene valor definitorio ni supone tampoco genuina cesión en cuanto no hay transferencia de titularidad, por lo que, con razón, MESSINEO dice que en la figura estamos ante una cesión *pro solvendo* anómala porque el deudor conserva la propiedad de los bienes cedidos (108). Otra cosa sería si la cesión implicase transmisión de derechos, pues en tal caso, al no tener entre nosotros el contrato eficacia real (*quoad effectum*), haría falta contemplar la *datio rei* como elemento integrante del convenio en estudio, única forma de eludir las exigencias del principio del título y el modo para la transferencia de las titularidades jurídico-reales en el Derecho español.

Por lo que hace a las razones funcionales, tampoco existe mayor problema para marginarlas. Cuando BERCOVITZ aduce que, aun perfeccionada la cesión de bienes, los créditos subsisten hasta que se haya producido el pago, y, en consecuencia, no alcanza a ver el sentido que pueda tener vincular a deudor y acreedores a su cumplimiento antes de la entrega de los bienes y del apoderamiento para liquidarlos, ya que los acreedores no podrían cumplir el mandato de liquidación y cobro, y, frente al «incumplimiento» del deudor, tendrían que acudir a la resolución del negocio, no advierte que está confundiendo las fases de perfección y ejecución del contrato, pues una cosa es que la cesión se concluya por el solo acuerdo de las partes y otra que la consumación de la misma requiera normalmente la entrega a los acreedores de los bienes cedidos para el pago, y digo normalmente porque ni siquiera en esta fase de ejecución será preciso en todo caso la tenencia de dichos bienes en manos de los acreedores para que se pueda proceder o no a su realización. El contrato de cesión de bienes se perfecciona por el mero consentimiento de acreedores y deudor, y la entrega de los activos por parte de éstos supone el cumplimiento de una de las obligaciones a su cargo, en fase de ejecución de contrato.

Desde el punto de vista de las conveniencias prácticas, quizá tiene razón BERCOVITZ cuando afirma que «no parece que sea funcional imponer semejante carga a los acreedores cuando basta considerar que la

(107) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 461.

(108) MESSINEO: *Manual...*, IV, op. cit., pág. 287.

entrega es esencial al perfeccionamiento del negocio para llegar al mismo resultado (actuar los créditos contra el deudor) mientras que aquella no se produzca» (109). Pero una cosa son las consideraciones pragmáticas y otras las exigencias dogmáticas derivadas de nuestro sistema civil, ya que en el Derecho español, en línea de principio, «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan...» (art. 1.258 CC), por lo que exigir la *datio rei* respecto a determinada variedad contractual sólo es posible, en cuanto constituirá una excepción a nuestro régimen consensualista de perfección del contrato, cuando la ley de manera expresa la contemple (arts. 1.758 y 1.863 CC, *ad exemplum*), y lo cierto es que en la normativa del artículo 1.175 nada se dice ni directa ni implícitamente respecto a semejante cuestión.

Entre nosotros, pues, el contrato de cesión de bienes no será real en cuanto a su constitución, porque aquí rige el principio del consensualismo, ni tampoco en cuanto a los efectos, porque en nuestro sistema, asimismo, impera la pauta de la eficacia meramente obligatoria de los contratos (arts. 609 y 1.095 CC, *a contrario sensu*). Por el contrario, en aquellos ordenamientos en los que rige el principio de la adquisición de los derechos reales *nudo consensu* (casos italiano, francés, portugués, venezolano, etc.), aunque el contrato de cesión de bienes sea también un contrato consensual por lo que hace al momento de su perfección, resulta obvio que los efectos reales que se advierten en él deberán considerarse consecuencia directa y, sobre todo, medio para la actuación del mismo (110), ya que, como dice SALVI, tales efectos reales pertenecen no al momento de la perfección del contrato, sino al de su ejecución (111).

Respecto al objeto del contrato de cesión resulta natural que el mismo venga dado por los bienes que el deudor ceda para el pago. Deberá tratarse de bienes presentes, patrimoniales, transmisibles y que pertenezcan al deudor, con indiferencia de que sean muebles o inmuebles, derechos reales, derechos de crédito, hacienda mercantil en su complejo y en sus elementos integrantes, derechos materiales e inmateriales correspondientes a la misma (marcas, patentes, modelos, etc.), el derecho de autor, así como los frutos tanto naturales como civiles de los bienes cedidos, pese a lo que piensan SOTGIA y SALVI, en cuanto deben seguir la condición de la cosa madre. ¿Y el patrimonio?

SOTGIA estima que aunque del artículo 1.977 del *Codice* resulta claramente que la cesión tanto pueda afectar al patrimonio íntegro del deudor como a los bienes singulares del mismo, debe excluirse, empero,

(109) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 232.

(110) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., pág. 142.

(111) SALVI: *La cessione dei beni ai creditori*, Milán, 1947, pág. 176.

que aquél pueda contemplarse en el contrato como *universitas*, o, lo que es igual, como conjunto indeterminado de todas las relaciones jurídicas del deudor de contenido patrimonial, tal como sucede en la quiebra y en el concurso, ya que en todo caso el contrato queda referido a la mera suma de los elementos explícita o implícitamente expresados en el mismo, ya sea todos, ya solamente algunos, porque el legislador considera objeto normal del convenio los bienes señalados por el cedente y no la *universitas* de los presentes, ni tampoco los futuros (112). Igual piensa, en relación al Derecho español, BELTRÁN DE HEREDIA, pues, en su sentir, así se deduce de la expresión utilizada por el artículo 1.175 cuando habla de ceder «sus bienes», no el patrimonio, con lo que parece aludir a la suma de aquéllos y no a su organización unitaria (113).

No parecen razones convincentes. El deudor, ciertamente, puede ceder tan sólo parte de sus bienes, pero puede ceder también, e incluso esta es la hipótesis normal en la contemplación que la ley hace de la figura, la totalidad de los mismos, por lo que en este supuesto difícilmente podrá decirse que el objeto del contrato de cesión no viene dado por el patrimonio entero del deudor, desde el momento en que el mismo comprenda todos los activos patrimoniales. Es más, en el caso también modélico de que además la totalidad patrimonial se ceda a todos los acreedores del cedente, la cesión abarcará al patrimonio en su consideración global o bruto, pues en la misma quedarán imbricadas también las obligaciones que soporte el deudor. Aquí también la expresión «ceder sus bienes» no cabe entenderla en su estricto sentido literal.

Por lo que hace a los créditos a satisfacer a través del mecanismo de la cesión de bienes, pienso que, por analogía con lo que ocurre en la cesión judicial (art. 1.915 CC), la conclusión del contrato determinará el vencimiento de todas las deudas a plazo. En cuanto a su liquidez, según ha declarado la Sentencia de 13 de marzo de 1953, «en la cesión voluntaria *pro solvendo* no es requisito esencial la determinación de la cuantía del débito en el acto mismo del convenio, y es suficiente que conste la existencia de la deuda..., sin perjuicio de que la cuantía del crédito se fije antes o al tiempo de la rendición de cuentas». Respecto al contenido de los mismos, dice bien BERCOVITZ que, construida sobre las pautas de la cesión judicial, es lógico que la cesión de bienes convencional atienda al pago de las deudas previa una liquidación de bienes, por lo que se tratará de pagar obligaciones pecuniarias, prescindiendo de si originariamente lo eran o no, es decir, que sólo se podrá

(112) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., págs. 142-143.

(113) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 443.

aplicar a toda clase de obligaciones previa una cuantificación pecuniaria de su valor (114).

En el Derecho italiano, la cesión se considera como un contrato para el que la escritura constituye requisito *ad substantiam*, ya que, de acuerdo al artículo 1.978 del *Codice*, «la cesión de bienes se debe hacer por escrito, bajo pena de nulidad», siendo indiferente que se trate de escritura pública o de documento privado. Como dice SOTGIA, esta norma tiene fácil explicación si se considera la importancia del vínculo y se tiene presente la amplia esfera de intereses afectados por el mismo, aparte de que la imposición de la forma escrita enlaza directamente con la necesidad de la transcripción (115). En nuestro Derecho, al no disponer nada al respecto el artículo 1.175 del Código Civil, deberá regir el principio de libertad de forma del artículo 1.278, y, en cualquier caso, aunque se reclamase la escritura, dicha forma no sería *ad solemnitatem*, sino tan sólo *ad probationem*, de acuerdo a los dictados de los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil.

8. EFECTOS DEL CONTRATO DE CESION DE BIENES

Decíamos antes que la conclusión del contrato de cesión de bienes genera una relación jurídica compleja cuyo contenido ha llegado el momento de considerar. Los autores que ven en la figura un mandato irrevocable de liquidación y pago resuelven el punto con relativa facilidad remitiéndose a los efectos de la variedad contractual de mandato. Para quienes no lo vemos así, la cuestión se dificulta un tanto, aunque no resulta tarea imposible derivar los derechos y obligaciones de las partes de la caracterización y funcionamiento que con anterioridad se ha hecho de la *cessio pro solvendi causa*. Es obvio que en este campo jugarán papel determinante los acuerdos de los interesados, ya que, como puede leerse en la Sentencia de 13 de marzo de 1953, «la cesión extrajudicial es gobernada, en primer término, por las estipulaciones del convenio autorizadas por el artículo 1.175 del Código Civil, sin que sean de aplicación forzosa las reglas procesales del juicio universal de concurso o de quiebra, sólo utilizables en el supuesto de cesión judicial o abandono de sus bienes por el deudor ante el Juez en favor de una pluralidad de acreedores».

Entregados los bienes a los acreedores, éstos asumen respecto a los mismos un poder de gestión, compatible con el derecho de propiedad

(114) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., págs. 232-233.

(115) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., pág. 146.

que sigue correspondiendo al cedente. Semejante poder de gestión se descompone en las facultades de administración y liquidación de los bienes cedidos y durará el tiempo establecido por las partes, y, en su defecto, el que razonablemente sea necesario para que pueda cumplirse el objetivo del contrato, algo que, como es natural, corresponderá fijar al Juez, caso de que sus otorgantes no se pongan de acuerdo al respecto (artículo 1.128 CC).

La administración de los bienes cedidos será la administración ordinaria, esto es, la que sea precisa para el cumplimiento del cometido que incumbe a los acreedores. Comprenderá la percepción y disposición de los frutos, cobro de rentas, conservación de los bienes, cultivo de las fincas, explotación de los establecimientos mercantiles, etc.; quedarán excluidos, por tanto, los actos de administración extraordinaria, tales como realización de mejoras, cambios de destino o de cultivo de las fincas y similares (116). ¿Podrán los acreedores ejercitar las acciones patrimoniales relativas a los bienes cedidos?

El Código Civil italiano lo permite expresamente en su artículo 1.979. Para justificar esta posibilidad los autores italianos acuden a la figura del sustituto procesal (DE MARTINI) o a considerarla como mera emanación natural del mandato representativo conferido al cesionario (SOTGIA). En el Derecho español, ante el silencio legal, BELTRÁN DE HEREDIA, condicionado por su caracterización de la *cessio bonorum* como un contrato de mandato con poder irrevocable, estima que debe negarse a los acreedores la posibilidad de ejercitar las acciones de carácter patrimonial concernientes a los bienes cedidos, y que, siempre que debido a la gestión y administración se vean en la necesidad del ejercicio de las mismas, habrán de recurrir al deudor cedente (117). Pienso que la solución debe ser exactamente la contraria si se considera que a los cesionarios corresponde la administración de los bienes entregados, y que ésta difícilmente podría tener cumplida y cabal ejecución si los mismos no ostentasen la facultad de poder entablar en juicio las estrictas acciones patrimoniales atinentes a aquellos bienes; aparte de que el planteamiento contrario conduce al absurdo de tener que admitir que unos acreedores que pueden realizar los bienes cedidos, no pueden, empero, ejercitar los recursos procesales precisos para su adecuada defensa.

La liquidación abarcará el conjunto de operaciones jurídicas tendientes a convertir en numerario los bienes cedidos, y, por tanto, se sustanciará fundamentalmente a través de la venta de los mismos, aunque, desde luego, no hace falta que aquélla tenga lugar mediante subasta

(116) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 446.

(117) *Ibid.*, pág. 450. Igual, BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., página 229.

pública (Sentencia de 13 de marzo de 1953). Consecuentemente, deberán excluirse las disposiciones gratuitas de los bienes cedidos o que atiendan tan sólo a modificar su *status* mediante la imposición de gravámenes y cargas, como concesiones de prenda o de hipoteca, constitución de usufructos, superficies, censos, servidumbres, etc. (118), si bien la exclusión de las últimas categorías de actos dispositivos no cabe hacerla en términos absolutos cuando los mismos se realicen a título oneroso ante la imposibilidad fáctica de vender los bienes del deudor.

El contrato de cesión de bienes supone un compromiso por el que los acreedores aceptan circunscribir su actuación reclamatoria a los activos cedidos al objeto de proceder a su realización y satisfacer sus créditos sobre el producto. Resulta por ello natural que mientras las operaciones liquidatorias no hayan concluido y se constaten que con lo obtenido por su través no se alcanza a cubrir la totalidad de las acreencias, los acreedores no pueden actuar reclamativamente sobre aquellos otros bienes del deudor que no hayan estado comprendidos en la cesión, ya que en otro caso se estaría dando entrada a la posibilidad de que una de las partes se apartase unilateralmente de las obligaciones contractuales. Si los acreedores han aceptado circunscribir su acción a un sector del patrimonio del deudor, no pueden pasar a otro en tanto aquél no demuestre cumplidamente su insuficiencia. Es lo que establece el párrafo tercero del artículo 1.981 del Código Civil italiano cuando prohíbe a los cesionarios «accionar ejecutivamente sobre los otros activos antes de haber liquidado los cedidos».

Contrariamente, si el convenio de cesión no se ha celebrado con todos los acreedores, como bien puede suceder, los acreedores no participantes conservan, en principio, la facultad de dirigirse ejecutivamente contra cualesquiera bienes de su deudor, incluidos los que han sido objeto de cesión, habida cuenta de que ésta no ha supuesto la salida de los mismos del patrimonio del cedente. MESSINEO señala que los acreedores que han permanecido extraños a la cesión, si son anteriores a ella, pueden accionar ejecutivamente sobre los bienes objeto de la cesión porque a ellos no les es oponible el vínculo de indisponibilidad que surge de aquélla, circunstancia que se justifica por la dificultad en que dichos acreedores se encontrarían si debieran valerse de la acción revocatoria contra la cesión, puesto que vendrían obligados a probar el conocimiento del perjuicio que ésta les originó (119).

Se observará que MESSINEO habla de acreedores extraños anteriores a la cesión, ya que a ellos específicamente se refiere el artículo 1.980 del *Codice*, porque si se trata de acreedores extraños posteriores a la

(118) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., pág. 157.

(119) MESSINEO: *Manual...*, IV, op. cit., págs. 284-285.

misma, deberán respetar el vínculo de indisponibilidad sobre los bienes cedidos, en razón de que tal vínculo es anterior en fecha al momento en que ellos se convierten en acreedores, y, además, el mismo era reconocible por todos si, teniendo la cesión por objeto inmuebles o muebles registrados, se ha verificado la transcripción (120).

En realidad, en el Derecho italiano sucede así porque *a contrario* se deriva del párrafo segundo del artículo 1.980 del Código Civil, pero sin que dicha hipótesis admita cómoda y convincente explicación dogmática. El contrato de cesión de bienes es para los acreedores posteriores a la misma *res inter alios acta* y, por tanto, no les afecta, aparte de que ante la ausencia de efectos traslativos de aquél parece obvio que tales acreedores puedan accionar ejecutivamente sobre bienes que dominicalmente permanecen en el patrimonio de su deudor no obstante la cesión de los mismos. No parece, pues, que en nuestro Derecho pueda operar la fórmula italiana, fórmula que, por lo demás, consideramos errónea y dañina (de hecho los nuevos acreedores desconocerán en una mayoría determinante de casos la cesión), ya que, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, resulta imposible que una acción ejecutiva pueda verse obstaculizada por un contrato de carácter personal entre el deudor y unos terceros, y que el contrato de cesión pueda desvirtuar la función de garantía que a tenor del artículo 1.911 del Código Civil tienen los bienes del deudor con respecto a todos los acreedores (121). Si tal fuera el caso, habría que atribuir al poder derivado de la cesión eficacia *erga omnes*, algo que, con toda evidencia, no sucede.

Cómo haya de llevarse a cabo la liquidación de los bienes cedidos es algo que incumbe a los acreedores, quienes, de ordinario, se pondrán de acuerdo al respecto, bien conviniendo operar conjuntamente, bien mediante la actuación de una junta de liquidación, o bien a través de un liquidador único, porque resultaría extraño a la naturaleza de la cesión de bienes ejecutar la liquidación por medio de la actividad inconnexa de los cesionarios singulares (122). Lo que no supone, en modo alguno, tal como ha pretendido MICCIO, que exista una relación contractual entre los acreedores distinta del contrato de cesión con el deudor (123), sencillamente porque semejantes previsiones pueden incluirse sin problema en la propia *cessio bonorum* o corresponden a los meros actos de desarrollo de éste que no tienen ni necesitan naturaleza contractual.

Para el caso de que no existan ni se formulen tales previsiones,

(120) *Ibid.*

(121) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 464.

(122) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., pág. 166.

(123) MICCIO: *La cessione dei beni nel concordato*, Milán, 1952, pág. 141.

¿cómo se gobierna la aludida situación? Recogiendo una idea de BELTRÁN DE HEREDIA en el sentido de que entre los acreedores no existe una voluntad colectiva, ni una verdadera organización, sino tan sólo una comunidad de intereses que persigue el exclusivo fin de liquidar para satisfacer los intereses de dichos acreedores, BERCOVITZ estima que «el conjunto de los acreedores forma una comunidad sin atribución de cuotas» (124). Es obvio que aquí no puede operar *stricto sensu* la figura de la comunidad de bienes porque no estamos en presencia de un supuesto de cotitularidad de derechos (art. 392 CC), habida cuenta de que el deudor sigue conservando la propiedad de los bienes cedidos mientras no sean enajenados; sin embargo, también lo es que no existe obstáculo alguno para que, en ausencia de pacto, se apliquen analógicamente las normas legales relativas a la comunidad, y, en consecuencia, se exija la mayoría para los actos de administración y mejor disfrute (artículo 398 CC) y la unanimidad para la disposición de los bienes cedidos (art. 397 CC).

Los derechos que según se ha expuesto corresponden a los acreedores en virtud del contrato de cesión de bienes encuentran su contrapeso, en cuanto es un contrato sinalagmático, en los recíprocos poderes que pertenecen al deudor. Tiene éste derecho a controlar la gestión que de sus bienes realicen los acreedores, sin que pueda revocar el encargo concedido para la liquidación, pero no, según pretende BELTRÁN DE HEREDIA, porque «como propietario renunció contractualmente a la facultad de disponer de los bienes cedidos» (125), sino porque el contrato de cesión de bienes, como cualquier otro contrato, es naturalmente irrevocable. Algo que no obsta, empero, a que pueda acogerse como en todo contrato bilateral a la resolución judicial en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la contraparte (art. 1.124 CC).

¿Tendrá derecho a intervenir en las operaciones liquidatorias que realicen los acreedores cesionarios? Frente a la opinión de COSSÍO de que no debe reconocerse al cedente la menor intervención en los actos de gestión y enajenación (126), BELTRÁN DE HEREDIA piensa, en cambio, que puede intervenir en los mismos, ya que tiene un interés decidido en que se obtenga el máximo posible, mientras que a los acreedores les bastará con recaudar lo suficiente para poder satisfacer sus créditos (127). No parece que pueda sostenerse este punto de vista que distorsiona el campo operativo que el contrato de cesión confiere a los acreedores, mediatizaría seriamente sus derechos y daría lugar a incon-

(124) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 234.

(125) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 451.

(126) COSSÍO: *Convenios extrajudiciales...*, loc. cit., pág. 18.

(127) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 452.

venientes y problemas sin cuento. Los hipotéticos perjuicios que pueda derivar el deudor de una actuación poco cuidadosa o dispendiosa de los acreedores en el proceso de liquidación de los bienes darán lugar a la exigencia de la pertinente responsabilidad a éstos por cumplimiento irregular de las obligaciones a su cargo, ya que, evidentemente, los mismos deben cumplir tales vínculos obligatorios con la diligencia propia de un buen padre de familia (art. 1.104 CC).

Porque para ello está precisamente el derecho a la rendición de cuentas que ostenta el deudor al término de la liquidación o cuando se hubiera pactado, momento en el cual los acreedores cesionarios deberán especificar todos los actos liquidatorios efectuados y el destino dado al producto que de los mismos se obtuvo, así como los retornos que procedan. Si de semejante rendición de cuentas se derivase, en opinión del deudor, la gestión defectuosa, perjudicial o ilegítima de los bienes cedidos, podrá el mismo reclamar la indemnización de todos los daños y perjuicios que se hayan derivado de la torcida gestión denunciada.

¿Podrán los acreedores asignarse en pago los bienes cedidos? Como ha resaltado SALVI, el posible acuerdo de los cesionarios para de este modo proceder a la liquidación, prescindiendo de cualquier asenso del cedente, plantea una situación de grave peligrosidad para los derechos del deudor, precisamente en razón a la facilidad con que puede producirse un conflicto de intereses entre éste y los cesionarios (128). Semejante hipótesis debe quedar excluida del proceso de liquidación, ya que transformaría la *cessio bonorum* en *datio in solutum*, algo que los acreedores no pueden realizar por sí solos, ya que en ambos casos nos encontramos en la esfera contractual y no cabe el tránsito de un negocio *pro solvendo* a otro *pro soluto* (cambio de causa) sin la participación del deudor dueño de los bienes (129).

El producto obtenido en la liquidación de los bienes cedidos, incrementado con todo aquello que suponga el rendimiento de los mismos u obtenido del ejercicio de las acciones patrimoniales a ellos concernientes, deberá repartirse entre los acreedores en proporción al monto de sus créditos, salvo las causas de prelación. La doctrina española (BELTRÁN DE HEREDIA, COSSÍO, BERCOVITZ, etc.) considera que todos los créditos quedan equiparados mediante el convenio de cesión, sin que quepa establecer entre ellos preferencia alguna ni privilegios de ninguna clase (130). Desde luego tal cosa no ocurre en la cesión judicial de bienes, ni aquí tampoco hay razón suficiente para que se produzca, aparte de que su admisión supondría atribuir al convenio de cesión una

(128) SALVI: *La cesione...*, op. cit., pág. 187.

(129) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., pág. 169.

(130) COSSÍO: *Convenios extrajudiciales...*, loc. cit., pág. 19.

finalidad novatoria que no cabe presumir (art. 1.204 CC), ni, evidentemente, hace falta para la consecución de sus objetivos.

La realidad será, por el contrario, que si bien los acreedores deben repartirse entre sí las sumas obtenidas por la venta de los bienes en proporción a sus respectivos créditos, ello no tiene por qué (ni tiene fuerza suficiente al respecto) trastornar la ordenación de las acreencias, pues la *par condicio creditorum* en nuestro supuesto no es otra cosa que la *par condicio* ordinaria y previa. En consecuencia, en el reparto del producto obtenido deberán tenerse en cuenta y respetarse las pautas sobre concurrencia y prelación de créditos, tal como con toda claridad establece el artículo 1.982 del Código Civil italiano al dejar a salvo las causas de prelación.

Como en virtud de la cesión el deudor no ha perdido la propiedad (*rectius*, titularidad) de los bienes cedidos, siempre que éstos resulten excesivos con respecto a los pasivos a satisfacer, los bienes que no hayan sido enajenados deberán ser devueltos a su propietario. De la misma manera, si el producto obtenido en la liquidación sobrepasa el monto del pasivo, el excedente también debe ser entregado al obligado, ya que es el único que ostenta derecho al mismo por virtud de la subrogación real operada (*pretium succedit in locum rei*).

Los derechos de los acreedores se extinguen en el momento en que reciben la parte que les corresponda sobre el producto de la liquidación efectuada y no antes, porque, como sabemos, la cesión no tiene virtualidad *pro soluto*, sino tan sólo *pro solvendo*. Ahora bien, semejante extinción sólo tiene lugar hasta dónde alcance el monto de lo entregado a cada acreedor, ya que, como dice el artículo 1.175 del Código Civil español, «la cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél (el deudor) de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos». En consecuencia, cuando el producto de la enajenación resulte insuficiente para la total satisfacción de los créditos, éstos subsistirán en aquella parte en que no hayan sido realizados.

Tal circunstancia, en cuanto de manera obligada estos remanentes crediticios deben seguir conservando la misma naturaleza y posición que *ab origine* ostentaban, prueba con toda claridad que, pese a lo que piensa Cossío, el convenio de cesión de bienes no puede tener en ningún caso eficacia novatoria, ya que no se alcanzaría a explicar cómo unas obligaciones que resultaron novadas al perfeccionarse la *cessio bonorum* retornan ahora a su condición primitiva caso de que no se satisfagan en su totalidad. Incluso aunque se haya pactado, como expresamente contempla el artículo 1.175 del Código Civil español, la extinción total de los créditos por más que no se cancelen íntegramente, tampoco estaríamos en presencia de una genuina novación (aparte de las

dificultades intrínsecas para la misma), ya que dicho pacto afectaría no a la obligación en sí, sino a su cumplimiento, en cuanto, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, el acreedor se aviene a percibir menos de lo que se le debe (131).

3. OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION. GENERALIDADES

Aunque, naturalmente, en la relación jurídica obligatoria el interés primario reside en el acreedor y se orienta a la satisfacción de su derecho, no puede negarse, empero, que también el deudor tiene interés en la extinción del vínculo, ya que no le es indiferente el continuar o no obligado. En la regulación legal del pago hay suficientes manifestaciones de esta situación, extraíbles por simple argumentación *a contrario*, como cuando el artículo 1.166 del Código Civil dispone que «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente», o cuando el artículo 1.169 *eiusdem* establece que «no podrá competirse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación».

Pero, quizá, la más cumplida expresión de la aludida situación tiene lugar cuando la ley permite al deudor que ha intentado cumplir en la debida forma su obligación, tropezando con la adversa voluntad del acreedor a recibir el pago, liberarse del débito mediante el depósito de la cosa debida ante la autoridad judicial. Estamos entonces en presencia del mecanismo de ofrecimiento de pago y consignación que produce la extinción de la obligación y la liberación del deudor sin provocar la satisfacción del derecho del acreedor, por lo que no debe extrañar que, al faltar uno de los factores que juegan en la genuina *solutio* (extinción, satisfacción, liberación), no quepa ver en aquél más que un subrogado del cumplimiento.

Ese legítimo interés del deudor a su liberación, por cuanto cada deuda, según escribe LACRUZ, produce para el obligado no sólo la necesidad de pagarla, sino, acaso, incumbencias y responsabilidades adicionales (132), no resulta de fácil configuración dogmática. No debe extrañar que en razón de que nos hallamos ante un «interés jurídicamente protegido» no falten quienes estimen que el mismo configura un verdadero derecho subjetivo del deudor, ya que, se alega, aunque éste es el sujeto pasivo de la obligación y soporta, por ende, el débito, ello no

(131) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 461.

(132) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 113.

obsta para que pueda corresponderle a la vez un derecho, pues la idea del deber no es incompatible con la del poder (133).

Para otros, en cambio, semejante interés no puede constituir un verdadero derecho subjetivo, ya que ello determinaría la existencia de un vínculo jurídico que obligaría a la otra parte, por lo que no pasa de ser una simple facultad que no vincula al acreedor (134). Mientras que, en fin, hay quienes consideran que la actividad de cooperación a desarrollar por el acreedor al objeto de que el deudor pueda liberarse de la obligación constituye tan sólo una carga o gravamen que afecta al primero (135).

En realidad no parece que tenga mucha trascendencia el pronunciarse en uno u otro sentido a la hora de catalogar conceptualmente el interés del deudor al cumplimiento, ni tampoco dilucidar si el mismo es un interés directo o surge de manera refleja de una hipotética carga de cooperación que soportaría el acreedor, porque la ley delimita con toda nitidez el campo operativo del deudor en el caso de que el acreedor se niegue sin razón o justa causa a recibir la cosa debida, permitiéndole conformar la situación de *mora accipiendi* o liberarse de su obligación mediante el procedimiento del ofrecimiento de pago y consignación.

En este último procedimiento estamos, pues, ante un mecanismo de liberación coactiva del deudor que atiende a la exoneración de éste prescindiendo de la satisfacción *prima facie* del interés del acreedor, aunque, en definitiva, sienta las garantías y condiciones oportunas para que el mismo pueda tener realización cuando así lo decida su titular. Aunque no faltan autores que rebajan sensiblemente la importancia del primero de los dos términos de que consta la figura (el ofrecimiento), no viendo en él más que un elemento preparatorio del segundo (la consignación) (136), lo cierto es que el papel del mismo es determinante para la adecuada conformación del instituto, constituyendo una de las partes o etapas de que consta éste y no simple antecedente que no condicionaría su existencia. Como advierte con razón Díez-PICAZO, el ofrecimiento de pago opera como el acto de apertura del complejo procedimiento de liberación por consignación (137).

(133) FALZEA: *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 1952, páginas 38 y sigs.

(134) CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel Diritto francese*, Milán, 1908, págs. 187 y sigs.

(135) SCHENKER: «Erfüllungsbeitschaft und Erfüllungsangebot», en *Iherings Jahrbücher*, 1928-1929, págs. 146 y sigs.

(136) MANRESA: *Comentarios...*, VIII-1, op. cit., pág. 620; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, III, op. cit., pág. 374.

(137) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 649.

10. EL OFRECIMIENTO DE PAGO. NATURALEZA, FORMA Y REQUISITOS

Según el párrafo primero del artículo 1.176 del Código Civil, «si el acreedor a quien se hiciera el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida». Se resalta así que en la figura en estudio el ofrecimiento constituye supuesto necesario para que, en principio, quede expedito el camino para el depósito de la cosa debida y se produzca la liberación del deudor. Esta ha sido la doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo al reiterar que «para que la consignación produzca los efectos jurídicos del pago, es indispensable que vaya precedida del ofrecimiento» (Sentencia de 20 de noviembre de 1918); que «para declararse bien hecha una consignación y que produzca los debidos efectos, ha de justificarse ante la autoridad judicial y haberse realizado previamente el ofrecimiento de pago» (Sentencia de 14 de octubre de 1914); o que la consignación debe ajustarse a las normas que determinan la eficacia del pago y a las que regulan el ejercicio de la facultad de consignar en los artículos 1.176 y siguientes, precepto éste en el que se está exigiendo previo ofrecimiento, fuera de los casos que señala el párrafo segundo (Sentencias de 20 de diciembre de 1943, 15 de junio de 1946, 24 de enero de 1948, 7 de diciembre de 1976, etc.).

Frente a los autores que en una visión procesalista del ofrecimiento de pago ven en él un intento de conciliación que puede acabar con avenencia o sin ella según cuál sea la respuesta del acreedor (137 bis), o un acto de conciliación extrajudicial y tan inútil como ésta (138), la mayoría doctrinal se inclina por considerar a aquél como una declaración de voluntad dirigida por el deudor al acreedor o a su representante por la que manifiesta su propósito de cumplir de inmediato y fielmente la prestación que le incumbe (139). Se trataría, pues, de una declaración de voluntad unilateral y recepticia (140), que implica la intimación expresa o tácita al acreedor para que se haga cargo de la prestación que se le ofrece (141).

BELTRÁN DE HEREDIA estima que el ofrecimiento de pago es un «acto

(137 bis) NART: «Pago por consignación», en *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 208.

(138) CANO MATA: «La consignación», en *Anuario de Derecho Civil*, 1969, página 763.

(139) EYRÉ VARELA: «Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial», en *Revista Jurídica de Cataluña*, XLIX, 1946, pág. 25; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, III, op. cit., pág. 374, etc.

(140) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 649.

(141) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 236.

formal» con el que el deudor ofrece al acreedor la realización de la prestación solicitando que sea recibida, pero que ello no significa que sea una declaración de voluntad en sentido técnico ni mucho menos que constituya un negocio jurídico, sino que debe considerarse como un simple acto jurídico de carácter unilateral que se dirige a tratar de obtener de la otra parte la actividad necesaria para poder cumplir. Se trataría, en su opinión, de una verdadera intimación a incluir en aquel tipo de actos que la doctrina alemana llama «manifestación» o «participación» de voluntad (142). También DÍEZ-PICAZO, aunque cataloga de manera previa al ofrecimiento de pago como declaración de voluntad, reseña a continuación que «es un acto de ejercicio de una facultad o de un derecho, por lo cual puede ser considerado como una pretensión o como una intimación» (143).

En realidad, ver en el ofrecimiento un acto jurídico en sentido estricto, esto es, una manifestación de voluntad que sirve de base para la producción de un efecto que no se corresponde, sin embargo, al contenido de dicha voluntad en cuanto nace de la ley, desdibuja el papel que el mismo juega dentro del complejo mecanismo sustitutorio del pago que estamos considerando y le atribuye una autonomía de la que carece, ya que su contenido no es otro que el de abrir la vía para que sea posible practicar la consignación de la cosa debida. Hablar de efectos propios del ofrecimiento de pago desde el ángulo estricto de la extinción de las obligaciones (otra cosa es en relación a la construcción de la *mora creditoris*), no tiene mucho sentido porque no es propio de lo que simplemente constituye elemento integrante de un mecanismo complejo la producción de consecuencias jurídicas autónomas y delimitadas, ya que los efectos verdaderos y definitivos (la extinción de la obligación y la liberación coactiva del deudor) sólo se producen cuando dicho procedimiento resulte cubierto en su totalidad, es decir, cuando amén del ofrecimiento se haya producido la consignación. Por tanto, aunque en el ofrecimiento de pago existe, sin duda, un ingrediente de voluntad, quizá lo más conveniente es excluir su caracterización de alguna de las categorías al uso (acto jurídico estricto, declaración de voluntad, negocio jurídico, etc.), en cuanto no es correcto abordar la naturaleza jurídica autónoma de lo que sólo es elemento constitutivo de un acto complejo.

Por lo que respecta a la forma de realizar el ofrecimiento de pago,

(142) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., págs. 477-478.

(143) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...* I, op. cit., pág. 649. En el Derecho civil italiano, a tenor del artículo 1.209 del *Codice*: «Si la obligación tiene por objeto dinero, títulos de crédito o cosas muebles a entregar en el domicilio del acreedor, la oferta debe ser real. Si se trata, por el contrario, de cosas muebles a entregar en lugar diverso, la oferta consiste en la intimación al acreedor para recibirlas, hecha mediante acto notificado a él, en la forma prescrita para los actos de citación».

el Código Civil no exige ninguna específica, a diferencia del Proyecto de 1851, que prevenía que «el ofrecimiento se haga por ante escribano público y dos testigos» (art. 1.108, 5.º), con la finalidad evidente, según apuntara GARCÍA GOYENA, de «prevenir dudas y pleitos» (144). De todas maneras, en cuanto corresponde al deudor la prueba de que se ha efectuado y dicha prueba deberá hacerse no sólo frente al acreedor que niegue la oferta, sino también frente a la autoridad judicial de quien se solicita la constitución de las cosas debidas en depósito y una resolución que establezca el carácter liberatorio de la consignación (145), resulta natural que los deudores tiendan a preconstituir la prueba y, por tanto, recurran al mecanismo del requerimiento notarial como medio seguro de poder acreditar, caso de que se necesite, fehacientemente que el ofrecimiento de pago tuvo realización. Algo que no obsta, empero, a que la oferta se pueda realizar a través de cualquier medio idóneo, como el giro postal o el telegráfico (Sentencia de 8 de febrero de 1957), y sea posible su probanza mediante cualquier medio de prueba.

En el artículo 1.108 del Proyecto de Código Civil de 1851 se preveía que para que el ofrecimiento de pago produjese efectos era necesario: 1.º que comprenda la totalidad de la deuda líquida y exigible con sus intereses y réditos vencidos si los hubiese; 2.º que esté cumplida la condición, si la obligación fuere condicional o vencido el plazo, si se estipuló a favor del acreedor; 3.º que el ofrecimiento sea de cumplir la obligación en la forma que se prescribe en los párrafos 1.º y 2.º de esta sección, y 5.º que el ofrecimiento se haga por ante escribano público y dos testigos.

Nada establece de manera expresa en relación a este punto de los requisitos del ofrecimiento de pago el Código Civil (145 bis), pero es que, en realidad, tampoco hace falta, pues es obvio que para que aquél genere la eficacia que le es propia deberá ajustarse estrictamente a las exigencias, que ya conocemos, subjetivas, objetiva, de lugar y tiempo del pago, si se quiere que la oferta en cuestión conecte con la idea del pago como exacta y cabal realización de la prestación debida.

(144) GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, op. cit., pág. 594.

(145) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 649.

(145 bis) Según el artículo 1.208 del Código Civil italiano para que la oferta de pago sea válida se necesita: 1) Que se haga al acreedor capaz de recibir o a quien tenga la facultad de recibir por él. 2) Que se haga por persona que pueda cumplir válidamente. 3) Que comprenda la totalidad de la suma o de las cosas debidas, de los frutos o de los intereses y de los gastos líquidos, y una suma por los gastos no líquidos, con reserva de un suplemento si es necesario. 4) Que el término esté vencido, si se ha estipulado en favor del acreedor. 5) Que se haya verificado la condición de la cual depende la obligación. 6) Que la oferta se haga a la persona del acreedor o en su domicilio. 7) Que la oferta se haga por un funcionario público autorizado para ello.

Por lo que hace a la persona que puede efectuar el ofrecimiento, ésta será en primer término el propio obligado, por sí o por representante. ¿Podrá hacerlo un tercero? BELTRÁN DE HEREDIA opina que en este supuesto, a diferencia de la hipótesis normal del cumplimiento, prepondera el interés del deudor y, en consecuencia, hará falta su consentimiento para que el tercero pueda realizar válidamente la oferta de pago (146). Parece que no acaba de entenderse de manera cumplida si se advierte que, en nuestro sistema, el tercero puede realizar el pago con conocimiento, sin noticia y aun contra la expresa voluntad del deudor (artículo 1.158 CC), y si puede ejecutar la prestación debida no se alcanza a ver cómo se le puede prohibir o coartar la realización de un simple acto formal tendente a conformar un subrogado del cumplimiento, aunque sólo fuera por simple apelación al argumento *a maiori ad minus*.

El ofrecimiento debe hacerse al acreedor o persona autorizada para recibir el pago. La oferta hecha a quien ha dejado ya de ser representante del acreedor por haberse revocado el poder no puede estimarse bien hecha a los efectos que se consideran (Sentencia de 15 de junio de 1946). No cabe tampoco en los supuestos de ausencia, incapacidad, incertidumbre o desconocimiento del acreedor sin que exista representante del mismo (Sentencia de 6 de mayo de 1920). Tratándose de obligaciones solidarias, el ofrecimiento realizado por uno de los deudores abrirá la vía a la consignación a todos los demás y, en cambio, no será oponible a los mismos efectos a aquellos acreedores a quienes no se les haya hecho.

La prestación que se ofrezca debe ser exactamente la debida, por lo que aquí juegan también en toda su plenitud los requisitos objetivos de identidad, integridad e indivisibilidad de aquélla. En el aspecto cuantitativo, la oferta no podrá ser por más o por menos de lo debido, aunque luego se subsane el defecto a la hora de la consignación, porque se incumpliría la condición de que sólo puede estimarse ofrecimiento de pago aquella oferta que, caso de ser aceptada por el acreedor, suponga la exacta ejecución de la prestación debida.

El ofrecimiento sólo es posible si la deuda es líquida, ya que si se trata de una obligación ilíquida, de la misma manera que el acreedor no puede reclamarla, tampoco puede ser compelido a recibirla, y si no puede ser compelido a aceptarla podrá, por tanto, rechazarla sin consecuencias jurídicas ulteriores (Sentencia de 27 de noviembre de 1950). Con mayor razón, podrá el acreedor rechazar el pago cuando, a causa de la ausencia de liquidez, se le ofrezcan cantidades simplemente apro-

(146) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 492.

ximadas (147). Si la liquidación corresponde hacerla al acreedor y éste la retrasa precisamente para impedir el pago, podrá el deudor instar la liquidación judicial de la deuda, a partir de cuyo momento será operativa la oferta de cumplimiento (148). Si se han producido intereses, el ofrecimiento de pago sólo será tal cuando amén del principal incluya aquéllos (Sentencias de 15 de febrero de 1905, 29 de abril de 1946, 11 de mayo de 1951, etc.). Asimismo, nuestro Tribunal Supremo considera mal hecha la oferta de pago cuando la misma se refiera a moneda fuertemente devaluada (Sentencia de 3 de octubre de 1955).

En el caso de obligaciones alternativas, si el *ius electionis* corresponde al deudor, como es lo normal (art. 1.132 CC), la oferta de una de las prestaciones alternativamente debidas supondrá la consumación de dicho derecho y todo funcionará, según dice GIORGI, como si el objeto designado fuera el sólo debido (149). En cambio, si el aludido derecho corresponde al acreedor, la situación se complica porque el objeto que ofrezca el deudor puede no ser el que aquél quiere recibir. BELTRÁN DE HEREDIA estima que en dicho caso el ofrecimiento supone el requerimiento para que el acreedor ejercite su derecho de elegir y la negativa injustificada le hará perder el mismo, retornando al deudor la facultad genérica del artículo 1.132 del Código Civil (150). A BERCOVITZ no le parece del todo clara esta solución y apunta que quizá haya que renunciar en tales casos a la consignación, salvo si el deudor se encuentra dispuesto a consignar todas las prestaciones alternativamente posibles (151). Por nuestra parte, nos parece que cualquier ofrecimiento de pago para que sea tal deberá ir precedido de la determinación por parte del acreedor, bien a requerimiento del deudor o bien mediante decisión judicial, de cuál de las prestaciones alternativamente debidas desea recibir.

El ofrecimiento de pago debe ser incondicional (Sentencias de 27 de noviembre de 1906 y 22 de enero de 1958), requisito que no se elude cuando en las obligaciones recíprocas la oferta de una de las partes se condiciona al cumplimiento de la otra (Sentencia de 7 de enero de 1977), ya que, como advierten PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, tal exigencia no será necesaria ni constituirá obstáculo para el deudor cuando sólo tenga que prestar a cambio de la entrega simultánea de la contraprestación, en cuyo caso el consignante podrá solicitar que no se entregue al acreedor lo consignado, sino a cambio de la prestación que le incum-

(147) MONTEL: *Illiquidità. Foro italiano*, 1941, págs. 10 y sigs.

(148) BATTISTA: «Offerta di pagamento e deposito», en *Digesto italiano*, XVII, páginas 67 y sigs.

(149) GIORGI: *Teoría de las obligaciones*, VII, op. cit., pág. 329.

(150) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 506.

(151) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 238.

be (152). Finalmente, como es natural, el ofrecimiento debe hacerse en el momento y en el lugar en que se puede y debe realizar el pago, rigiendo aquí todas las matizaciones y modalidades que se expusieron al hablar de estas circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones.

11. SUPUESTOS EN QUE SE EXCEPTUA EL OFRECIMIENTO DE PAGO

De acuerdo al párrafo segundo del artículo 1.176 del Código Civil, «la consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente o cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que debe hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación». Como es obvio, tales supuestos, en los que cabe pasar directamente a la consignación y a obtener los efectos liberatorios propios de la misma sin el paso previo de la oferta de pago, deben ser objeto de interpretación estricta.

La ausencia del acreedor no debe entenderse, según parecer unánime de la doctrina, en su sentido técnico de ausencia legalmente declarada, entre otras razones por la que de ser tal existirá un representante del ausente y a él podría válidamente hacerse la oferta de pago. Se tratará, por tanto, de una simple ausencia fáctica, de la no presencia del acreedor en el momento y en el lugar en que debe practicarse el pago, ya que, como hemos señalado anteriormente, si la oferta de pago sólo cabe realizarla en idénticas circunstancias a las que han de presidir el cumplimiento mismo, bastaría al acreedor con ausentarse, para, al imposibilitar el ofrecimiento, impedir la liberación del deudor. Resulta justo, en consecuencia, que la ley permita efectuar de manera inmediata la consignación de la cosa debida; es más, se hace necesaria semejante posibilidad ya que, en caso contrario, el deudor quedaría encerrado en la trampa de no poder efectuar el pago por no hallarse presente el acreedor y no poder tampoco exonerarse de la deuda ante la imposibilidad de realizar el ofrecimiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque fundamentalmente se inclina por la mera ausencia de hecho del acreedor o «falta de presencia en el lugar en que deba hacerse el pago» (Sentencias de 23 de marzo de 1929, 17 de marzo de 1945, etc.), alguna vez se ha inclinado a entender aquélla en sentido técnico (Sentencia de 20 de diciembre de 1943).

El mismo criterio debe jugar en la segunda hipótesis de excepción

(152) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas...*, I, op. cit., pág. 327.

por estar el acreedor «incapacitado para recibir el pago en el momento en que debe hacerse». Aquí tampoco se trata de una incapacidad judicialmente declarada y ni siquiera de un supuesto técnico de incapacidad, por la sencilla razón de que si es válido el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes (art. 1.163 CC), con mayor razón lo será el ofrecimiento del mismo. No se trata de eso, sino de una simple situación de imposibilidad (que la ley llama incorrectamente incapacidad) material y pasajera para recibir el pago, y con el mismo propósito anterior de frustrar cualquier tentativa del acreedor para entorpecer la liberación del deudor. Por ello, LACRUZ dice con propiedad que bastará al respecto la falta de aptitud fáctica para recibir el pago, que impida la extinción de la obligación (153).

«Cuando varias personas pretendan tener derecho o cobrar», es natural que el deudor pueda obviar el requisito del ofrecimiento para proceder a la consignación de la cosa debida, ya que al desconocer quién es exactamente el acreedor mal podría ofrecerle el cumplimiento de la obligación que le vincula. Aunque la dilucidación de a quién corresponde la acreencia es algo que deberá determinarse judicialmente o por acuerdo de los afectados, es lógico que la hipótesis que se contempla de exoneración de la oferta de pago no se circunscribe al caso de que exista litigio entablado sobre la pertenencia del crédito, sino que basta, como señala DÍEZ-PICAZO, que las varias pretensiones sobre el derecho a cobrar hayan sido formuladas extrajudicialmente y notificadas al deudor (154). De la misma manera, resulta razonable el parecer de BERCOVITZ de que tampoco es necesario que dos o más personas pretendan tener pleno derecho a cobrar cada una de ellas, pues será suficiente con que varios pretendan tener algún tipo de derecho respecto a la cosa objeto de la prestación, para que el deudor pueda optar por la consignación (155).

En fin, también cabe prescindir del ofrecimiento de pago cuando «se haya extraviado el título de la obligación». Aquí, más que el supuesto de duda o desconocimiento sobre quién sea el titular del crédito, que privaría de autonomía a este caso al subsumirlo en el anterior, nos hallamos en la hipótesis de que el acreedor haya perdido una de esos títulos cuya presentación es necesaria para el pago de la obligación y liberan al deudor mediante la recuperación de los mismos (títulos de crédito), y, posiblemente, sólo cuando se trate de instrumentos al portador o transferibles mediante endoso, ya que si se trata de títulos nominativos no parece existir el peligro que, en el fondo, justifica la existencia de esta excepción: el doble pago por el deudor.

(153) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 114.

(154) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 650.

(155) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 242.

Aunque, según hemos dicho, los supuestos en que no hace falta el ofrecimiento de pago para proceder a la consignación son únicamente los señalados en el párrafo segundo del artículo 1.176 del Código Civil (*inclusio unius, exclusio alterius*, como en toda hipótesis de excepciones), a veces, la doctrina o la jurisprudencia han pretendido contemplar nuevos casos de elusión, tales como el rechazo anticipado del acreedor a recibir la prestación o la negativa a extender recibo del pago. En realidad, rectamente miradas las cosas, se observa que cuando el acreedor rechaza la prestación debida antes del vencimiento del término, no cabe prescindir del ofrecimiento de pago, ya que éste sólo es tal cuando se realiza en el momento en que la obligación resulta exigible; y cuando el acreedor se niega a dar carta de pago, una de dos, o la negativa a extender recibo tiene lugar en el momento mismo en que se va a practicar el pago, lo que nos remite al párrafo primero del artículo 1.176 del Código Civil, al existir un rechazo sin razón del mismo, o se produce tras la verificación del pago, en cuyo caso, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, la negativa no es a aceptar el pago, sino a entregar el documento probatorio del mismo, problema que afecta a la prueba y no al cumplimiento propiamente dicho (156).

12. LA CONSIGNACION. NATURALEZA JURIDICA

Si el ofrecimiento de pago ha sido rechazado «sin razón» por el acreedor o el deudor se encuentra relevado de hacerlo puede proceder a «la consignación de la cosa debida», momento en el cual se produce su liberación coactiva, en cuanto, como dice el artículo 1.176 del Código Civil, el mismo «quedará libre de responsabilidad». La fase o etapa de la consignación cierra, por tanto, el complejo mecanismo que estamos considerando y proporciona al deudor camino adecuado cuando no se oriente a quedar libre de la obligación y a la entrega de los bienes que constituyen el objeto de la prestación, ya que, como dice LARENZ, «la posibilidad de la consignación representa una facilidad concedida al deudor en los supuestos en que por motivos dependientes de la persona del acreedor aquél no puede cumplir la obligación» (157).

Aunque el concepto legal de la consignación no parece presentar en nuestro Derecho mayores dificultades, ya que el artículo 1.178 del Código Civil habla de que «la consignación se hará *depositando* las cosas

(156) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 489.

(157) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., pág. 420.

debidas a disposición de la autoridad judicial», circunstancia que lleva a nuestra doctrina, en forma determinante, a ver en dicha figura una manifestación de depósito judicial de la cosa debida al objeto de que la misma quede a disposición del titular del crédito (158), lo cierto es que los autores han discutido con amplitud en torno a la *substantia iuris* de la consignación.

De bastante predicamento goza la tesis de que la consignación es un simple negocio de depósito que se perfecciona con independencia de la aceptación por parte del acreedor y del pronunciamiento judicial al respecto. Tesis que en nuestro sistema tropieza con el serio obstáculo que representa el párrafo segundo del artículo 1.180 del Código Civil, a cuyo tenor, «mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación», algo que parece revelar con suficiente nitidez que el negocio no se perfecciona hasta que el acreedor o el Juez se pronuncien al respecto y que, en consecuencia, hasta ese momento tampoco del deudor se libera de su obligación.

El inconveniente se ha tratado de soslayar aduciendo que la consignación produce sus efectos por el mero depósito, pero los mismos están sujetos a la condición resolutoria de que el deudor no retire la cosa depositada o bien que, aun extinguida la obligación por el depósito, si el deudor detrae la cosa nace una nueva obligación de estructura y contenido idénticos a la anterior; o bien que el depósito libera al deudor *ab actione* pero no *ab obligatione*, en cuanto esto último sólo tiene lugar cuando el acreedor acepta o el Juez convalida el depósito; o, incluso, que, al retirar la cosa, el deudor revoca el depósito efectuado y, en consecuencia, revive la obligación extinguida por dicho depósito. Afirmaciones difíciles de suscribir a la vista de que si estuviésemos ante un depósito perfecto el deudor no podría revocarlo a su arbitrio ni sería posible el renacimiento de una obligación definitivamente extinguida, por lo que parece debe concluirse, tal como hace LONGO, que la obligación no se extingue, sino que subsiste hasta que tenga lugar la convalidación del depósito (159).

FALZEA considera que la consignación no tiene estructura unitaria, sino que en ella estamos en presencia de dos negocios jurídicos, uno, el negocio de depósito estricto, que sólo tiene efectos preparatorios de

(158) Así, CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, III, op. cit., pág. 374; PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, I-2, op. cit., pág. 327; ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., págs. 156-157; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual...*, III, op. cit., pág. 168; BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 498; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 651, etc.

(159) LONGO: *Diritto delle obbligazioni*, Turín, 1950, pág. 323.

cara a la satisfacción del acreedor, y el otro, el negocio de asunción de deuda, que sustituye al antiguo deudor por uno nuevo y libera a aquél de su obligación (160). Construcción a todas luces inaceptable, y no sólo, como advierte BELTRÁN DE HEREDIA, porque el nacimiento de aquella doble relación de depósito y asunción de deuda no encaja en nuestro sistema legislativo (161), sino también porque sea cual sea la óptica bajo la que se considere la posición de la autoridad judicial a cuya disposición quedan las cosas debidas, en ningún caso cabe estimar que se ha producido un cambio de deudor y ahora aquélla asume la posición que correspondía al originario obligado.

Según una tercera posición, en la consignación estamos frente a un negocio jurídico a favor de tercero en razón de que el depósito manifiesta su eficacia respecto al acreedor y es por ello que hace falta la aceptación por parte de éste para que el deudor quede liberado (162). Aunque, según advierte BELTRÁN DE HEREDIA, esta formulación parece contar a su favor en nuestro ordenamiento con las pautas que brindan los artículos 1.177 (anuncio de la consignación) y 1.178 (acreditamiento ante el Juez del ofrecimiento de pago y del anuncio de la consignación) del Código Civil, no resulta de fácil admisión porque aquí el derecho del tercero (el acreedor) preexiste a la conclusión del depósito y su negativa no afecta necesariamente a la eficacia de este negocio, a diferencia de lo que ocurre en el genuino depósito a favor de tercero.

No faltan, en fin, quienes como DE DIEGO LORA, ven en la consignación una institución más procesal que civil, por lo que su naturaleza jurídica deberá adscribirse al primer campo, constituyendo un proceso liberatorio sustitutivo del pago, que, al incidir sobre las obligaciones, produce el mismo efecto que éste (163); aunque no se alcance a explicar cómo un mecanismo sustitutorio del pago, y, por ende, con plenos efectos materiales civiles, puede ostentar naturaleza procesal. O quienes, como EYRÉ VARELA, aun rechazando esta conclusión, consideran que la consignación reviste más claramente el carácter y naturaleza de una medida preventiva precautoria o asegurativa de los efectos del pago en beneficio del deudor, algo así como el embargo preventivo y otras medidas de seguridad los son del acreedor (164); lo que tampoco alcanza a justificar por qué un simple medio precautorio provoca la extinción de las obligaciones tal como si se hubiere practicado el pago, ya que no es que éste haya tenido lugar y se tienda a asegurar sus efectos, sino que

(160) FALZEA: *L'offerta* .., op. cit., págs. 296 y sigs.

(161) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 502.

(162) ENNECCERUS y LEHMANN: *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., páginas 240 y sigs.

(163) DE DIEGO LORA: *La consignación judicial*, Barcelona, 1952, págs. 8 y sigs.

(164) EYRÉ VARELA: *Notas referentes...*, loc. cit., pág. 54.

se admite que el mismo puede ser sustituido en cuanto a su eficacia liberatoria del deudor mediante una actuación diferente a la que constituye la *solutio*, algo que revela que estamos en presencia de un subrogado del pago.

Quid iuris? Pienso que difícilmente puede dejar de verse en la consignación un depósito judicial en cuanto la misma, como textualmente dice el artículo 1.178 del Código Civil, «se hará *depositando* las cosas debidas a disposición de la autoridad judicial», mas como a semejante negocio la ley le tiene asignada la virtualidad de liberar al deudor de su responsabilidad, es decir, lo constituye en un modo de extinción de las obligaciones, resulta natural que a estos últimos efectos se exija la adhesión del acreedor o, en su defecto, la oportuna declaración judicial (art. 1.180 CC), sin que ello suponga ninguna mutación en su configuración de depósito.

Se trataría, pues, de un depósito judicial con finalidad liberatoria (igual que, en otras ocasiones, se constituye con finalidad aseguratoria, de garantía o fianza), que resulta perfecto desde el momento en que las cosas debidas quedan a disposición del Juez, pero que no daría lugar a la liberación del deudor mientras el acreedor no lo admitiese a estos efectos o el Juez no proclame la rectitud de su constitución. La circunstancia de que antes de producirse tales eventos pueda el deudor retirar la cosa depositada revela que estamos en presencia de un depósito, en cuanto al depositario debe devolver la cosa al primer requerimiento del depositante (art. 1.766 CC); y el hecho de que, en tal supuesto, se advierta que queda subsistente la obligación, manifiesta que hasta ese momento la misma no se había extinguido y que la referida desaparición, aun precisando del depósito como *condicio sine qua non*, requiere también la aquiescencia del acreedor o la manifestación judicial de que el depósito de la cosa debida ha sido efectuado rectamente.

Por ello, quizá, es más exacta y, desde luego, resulta significativamente más reveladora de la naturaleza del mecanismo en estudio la fórmula italiana que la española, ya que mientras ésta habla de que «mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa debida o cantidad consignada», aquélla dice que «realizado el depósito, cuando éste es aceptado por el acreedor o es declarado válido por sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, el deudor no puede ya retirarlo». La fórmula revela con mayor exactitud que el efecto liberatorio del depósito se produce cuando el acreedor o la sentencia lo admiten a tal fin y que, mientras tanto, cual ocurre en cualquier otro depósito, el depositante puede retirar la cosa a discreción.

13. REQUISITOS DE LA CONSIGNACION

En cuanto subrogado del cumplimiento, resulta natural, tal como establece el párrafo segundo del artículo 1.177 del Código Civil, que «la consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones del pago». En consecuencia, debe considerarse reproducido en esta sede lo que en su lugar se expuso respecto a los elementos subjetivos, objetivos y circunstancias del cumplimiento, y, de manera muy particular, lo que al efecto se ha dicho en relación al ofrecimiento de pago, no en balde tal ofrecimiento constituye la primera etapa y presupuesto obligado del complejo mecanismo de liberación obligacional que estamos considerando.

Dos palabras, empero, sobre el objeto de la consignación, pues reducido este medio extintivo a las obligaciones de dar, pudiera pensarse todavía que, en aplicación estricta del artículo 1.761 que limita el depósito a las cosas muebles, no fueran susceptibles de aquélla los bienes inmuebles. En el Derecho comparado, mientras el Código Civil alemán restringe el objeto de la consignación al dinero, títulos-valores, demás documentos y joyas (parágrafo 372), criterio sumamente restrictivo, ya que ni siquiera todas las cosas muebles pueden consignarse, el Código Civil italiano admite no sólo la consignación del dinero, títulos de crédito y cosas muebles *in genere* (art. 1.209), sino también de bienes inmuebles, si bien en este último caso la oferta de pago consistirá en la intimación al acreedor para que tome posesión del inmueble y, rehusada esta actuación, el deudor puede obtener del Juez el nombramiento de un secuestrario, en cuyo caso queda liberado desde el momento en que entregue a éste la cosa debida (art. 1.216).

En nuestro sistema civil, BELTRÁN DE HEREDIA considera que, dados los términos mismos del acto de consignar, resulta indudable que los inmuebles no pueden ser consignados, ya que según el artículo 1.178 la consignación se resuelve en un depósito y a tenor del artículo 1.176 el depósito solamente tiene por objeto las cosas muebles. A la pregunta de que si con el fin de lograr la liberación del deudor podrá aplicarse el sistema del secuestro, ya que éste abarca tanto a muebles como a inmuebles (art. 1.786 CC), responde negativamente en razón de que la ley sólo permite el secuestro «cuando se decrete el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos» (art. 1.875 CC), algo que, con toda evidencia, no se da en el supuesto en estudio. Su conclusión es, por tanto, que no es posible en el Derecho español la consignación de inmuebles, y lo único que cabría es que, atendiendo al interés relevante de la liberación del deudor, el Juez valore exclusivamente el momento del ofrecimiento, evi-

tando que quede incompleto el proceso liberatorio por dificultad del objeto (165).

Criterio restrictivo que no es posible suscribir. En efecto, por más que en la consignación se vea un depósito, como realmente ocurre, no cabe ignorar que se trata, según antes se ha expuesto, de un depósito orientado a la finalidad de liberar al deudor-depositante, y, en consecuencia, a este objetivo último debe quedar subordinado todo y la naturaleza del depósito debe sufrir las adaptaciones precisas al objeto de que el mismo no constituya obstáculo para la consecución de aquél. Sería absurdo, evidentemente, que constituyendo el ofrecimiento de pago y consignación un mecanismo sustitutorio del pago y de liberación del deudor, el mismo debiera restringirse a las obligaciones de dar cosas muebles porque la sustancia de una parte de dicho mecanismo (el depósito) no permite la recepción de bienes inmuebles. Constituiría una notable e inadmisibles incongruencia legal que, admitido de manera expedita y sin cortapisas un determinado procedimiento de extinción de obligaciones, se mutile de manera significativa su operatividad (haciendo de peor condición al deudor de cosa inmueble que al de mueble), por la simple y anodina circunstancia de que uno de los ingredientes de aquél no encaja con determinada variedad obligacional. En tal caso, lo que procede es obviar el supuesto inconveniente y adoptar el depósito (medio) al objetivo liberatorio (fin) al que se enrumba.

En este sentido, ya PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER aseveraban que, como no sería justo imponer al deudor de cosa inmueble la carga de seguir ocupándose indefinidamente de su conservación (art. 1.094 CC), no deben erigirse obstáculos de carácter dogmático frente a la solución de justicia que representaría permitir la consignación de inmuebles (166). E, igualmente, NART estima que si la consignación se considera un depósito necesario como medio de realizar un secuestro, queda despejado el campo para la solución de la cuestión de si pueden consignarse cosas inmuebles (167). Lo mismo que CANO MATA al advertir con acierto que si el legislador hubiera querido sustraer los bienes inmuebles a la consignación, lo hubiese hecho constar expresamente y habría dispuesto la creación de nuevas figuras jurídicas que permitiesen el abandono de aquéllos por el deudor; aparte de la consideración superior de que si la finalidad de la consignación es evitar que el cumplimiento de una obligación sea más gravoso para el deudor por causas que no le son imputables, no se explica por qué semejante principio debe dejar de aplicarse cuando se trate de obligaciones relativas a bienes inmuebles, ya

(165) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., págs. 510-511.

(166) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas...*, I, op. cit., pág. 372.

(167) NART: *Pago por consignación*, loc. cit., pág. 212.

que es obvio que en éstas se manifiesta sin especialidad alguna la misma necesidad (168). También para ALBALADEJO cabe considerar que en el artículo 1.178 el término «depositar» se usa, no el estricto sentido de contrato típico de depósito, sino en el de dar en guarda o custodia, siendo, sin duda, entonces posible que recaiga sobre inmuebles (169). Es, por lo demás, lo que ocurre en la Ley 496 de la Compilación navarra.

Entrando ya en los requisitos específicos de la consignación y advirtiendo, como antes se tuvo ocasión de exponer, que el ofrecimiento de pago no constituye requisito de la misma, sino una de las fases o etapas en que se descompone el procedimiento complejo de la oferta de pago y consignación, amén de que resultaría hartó singular la justificación de dicho requisito, habida cuenta de que en importantes y variados supuestos la Ley (párrafo segundo del artículo 1.176) permite prescindir del ofrecimiento para acceder a la consignación (lo que daría lugar a la anormalidad de que en los mismos se conformase esta figura faltándose uno de sus elementos constitutivos), el artículo 1.177 del Código Civil exige que «para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación».

Requisito del anuncio de consignación que no existía en el Derecho romano (170), que tampoco tiene precedentes en nuestro Derecho histórico (171), y que no resulta frecuente (salvo la intimación de que hablan, por ejemplo, los artículos 1.259 y 1.212 de los Códigos francés e italiano, respectivamente) en los ordenamientos extranjeros. ¿Por qué proceder al anuncio de la consignación si previo a ésta ha de existir, normalmente, el ofrecimiento de pago rechazado sin razón por el acreedor? MANRESA explicaba que la ley pide además el anuncio, «atendiendo a que es aviso más serio, de consecuencias que tal vez venzan resistencias injustificadas, y atendiendo, por otra parte, a que la consignación exige que se prevengan, para hacer valer los derechos que con la misma se relacionen, aquellos que puedan tenerlos» (172).

La primera parte de la argumentación no resulta aceptable porque no se entiende que en el tema en cuestión pueda haber algo más serio que el ofrecimiento de pago, cuyas consecuencias colegirá el acreedor sin renovadas advertencias en cuanto paso previo y necesario para llegar a la consignación. La segunda parte ya tiene más sentido, pues, como

(168) CANO MATA: *La consignación*, loc. cit., pág. 212.

(169) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., pág. 157.

(170) C. 4,32,19.

(171) P. 5,14,8 y P. 5,13,38.

(172) MANRESA: *Comentarios...*, VIII-1, op. cit., pág. 627.

vamos a ver a continuación, el anuncio tiene un campo de destinatarios más amplio que el de la oferta de pago. A ello, quizá, deba añadirse que mediante el mismo se cubre el relativo vacío informativo que se produce cuando, por mandato de la norma recogida en el párrafo segundo del artículo 1.176 del Código Civil, no hace falta el ofrecimiento para proceder de manera directa a la consignación de la cosa debida.

En efecto, aunque en razón de la defectuosa redacción del artículo 1.178 del Código Civil («de un intento desafortunado de abreviar el texto legal», habla BERCOVITZ), pudiera pensarse que cuando hay ofrecimiento no hace falta anuncio, lo cierto es que éste debe tener lugar en todos los casos, incluidos los contemplados en el párrafo segundo del artículo 1.176, pues si bien LACRUZ considera que es innecesario el anuncio cuando el interesado se halle incapacitado o ausente de hecho (173), y la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1943 estima que no hace falta el anuncio en el caso de que el acreedor esté ausente (en sentido contrario la Sentencia de 17 de marzo de 1945), no parecen razonables tales excepciones en razón de la antes apuntada mayor extensión del campo de los destinatarios y de que, como dice atinadamente BERCOVITZ, en algunos de aquellos supuestos la utilidad del anuncio puede ser todavía mayor, dada la ausencia de ofrecimiento (174).

El anuncio debe hacerse «a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación», lo que significa que el mismo deberá llegar, aparte de al acreedor o su representante, a todos aquellos sujetos que puedan derivar algún interés positivo o negativo del hecho de que el deudor quede liberado de su obligación, tales como acreedores solidarios, deudores solidarios, fiadores, acreedores pignoratícios del crédito, posibles herederos del ausente o incapaz e, incluso, a los acreedores del acreedor legitimados para el ejercicio de la acción subrogatoria. Claro que este requisito de la consignación no puede obligar al deudor a realizar profundas y exhaustivas indagaciones para conocer todos los posibles interesados en el pago. La buena fe, la diligencia del *bonus paterfamilias* y la naturaleza misma de la relación obligatoria nos darán la pauta en cada caso para determinar hasta dónde debe llegar el aviso del deudor, bastando, según resalta BERCOVITZ, con que anuncie su propósito a las personas que, dado su conocimiento, pueden tener razonablemente interés en el tema (175). Por tanto, cubiertas estas circunstancias, la aparición con posterioridad al anuncio de consignación de personas

(173) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 114.

(174) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 244.

(175) *Ibid.*, pág. 245.

interesadas en el cumplimiento de la obligación no determinará la invalidez o ineficacia de aquélla.

El anuncio se puede hacer judicial o extrajudicialmente, incluidos los avisos a través de un periódico de circulación en el lugar de residencia de los destinatarios (176). Si se realiza personalmente deberá practicarse en el domicilio de cada uno de los interesados y no sólo en el del acreedor, tal como pudiera deducirse de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1948 y 7 de noviembre de 1950. Si en el documento constitutivo de la obligación se ha fijado un domicilio para el pago, el anuncio de consignación puede practicarse en él, según tiene declarado la Sentencia de 17 de marzo de 1945.

De acuerdo al artículo 1.178 del Código Civil, «la consignación se hará depositando las cosas debidas a disposición de la autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás». Según las Partidas, la consignación se hace poniendo «los maravedís señalados en fiedad de algún ome bueno, o en la sacristía de alguna iglesia» (177), y en la práctica anterior al Código Civil se recurría tanto al depósito en los Juzgados como en establecimientos e, incluso, particulares, circunstancia esta última que en numerosas ocasiones produjo serios contratiempos.

El Código Civil ha tratado de superar estos inconvenientes al imponer que la consignación se haga «depositando las cosas debidas a disposición de la autoridad judicial», lo cual significa no que el depósito se tenga que realizar ante el Juez y en el propio Juzgado (aunque esto sea lo más corriente en la práctica), sino tan sólo que las cosas depositadas queden bajo la disponibilidad de la autoridad judicial competente, para lo cual hará falta la designación del depositario por ésta, aunque ni siquiera el propio Juez goce de irrestricta libertad al respecto, ya que según el Real Decreto-ley de 24 de diciembre de 1906 si se trata de una obligación legal el depósito deberá hacerse en la Caja General de Depósitos, en el Banco de España y sus sucursales y en las de Tabacalera. Puede suceder que el deudor realice el depósito primero y luego se presente ante el Juez indicándole este hecho; el Juez, de la misma manera que puede ordenar el levantamiento de tal depósito, puede también aceptarlo (Sentencia de 1 de febrero de 1926), ya que, como señala BELTRÁN DE HEREDIA, con tal proceder no se altera la fórmula legal, pues lo que importa a la ley es la garantía y seguridad mediante el control judicial del depósito y esto puede lograrse de ambos modos (178).

Aunque NART considera que el expediente de consignación no enca-

(176) DE DIEGO LORA: *La consignación...*, op. cit., pág. 50.

(177) P. 5,14,8.

(178) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 512.

ja en la llamada jurisdicción voluntaria «por su marcadísimo carácter provocatorio, no sólo por los propios ofrecimientos y notificaciones que ha de hacer el deudor que intenta promoverlo para que se le admita a trámite, sino por aquella segunda notificación, verdadero emplazamiento que el acreedor debe hacer al Juzgado una vez promovido» (179), la mayoría determinante de la doctrina estima que en la consignación estamos ante un acto de jurisdicción voluntaria, por más que, al carecer de normación singularizada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá regularse por las disposiciones genéricas que en dicha Ley contemplan las actuaciones de tal naturaleza.

Juez competente será el del lugar donde deba practicarse el pago, ya que, como dice el párrafo segundo del artículo 1.177 del Código Civil, «la consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago», entre las cuales se hallan, claro está, las contempladas en el artículo 1.171. Lo cual no quiere decir que el lugar en que se practique el depósito deba ser necesariamente el que por acuerdo o por ley corresponda como *locus solutionis*, pues, como dice la Sentencia de 1 de febrero de 1926, el hecho de que el lugar de la consignación sea distinto del de pago no afecta a la esencia del cumplimiento de la obligación, máxime hallándose depositada la cantidad, por indicación del demandado, en la Caja General de Depósitos a disposición del Juzgado y a las resultas del pleito.

En el procedimiento de consignación deberá acreditarse ante el Juez que ha tenido lugar previamente el ofrecimiento de pago, sin éxito, al acreedor y, asimismo, que dicha consignación ha sido anunciada, en todo caso, a las personas interesadas, tal como anteriormente se ha explicitado. Dicho procedimiento concluye con una resolución judicial en forma de auto que tiene distinto carácter y alcance según que el acreedor se haya opuesto o no a la consignación, pues mientras en este segundo supuesto el Juez resolverá sobre si el depósito está bien hecho de acuerdo a las pautas legales relativas a la consignación (arts. 1.176 y ss. CC) y las circunstancias de la obligación que se quiere extinguir, en el primero declarará contencioso el expediente y el consignante, si así lo decide, tendrá que acudir al juicio ordinario que corresponda según la cuantía, juicio en el que, normalmente, no sólo se debatirá la legalidad de la consignación, sino también las circunstancias que llevaron al acreedor a rechazar la oferta de pago formulada por el deudor (Sentencia de 18 de mayo de 1943).

El depósito realizado «a disposición de la autoridad judicial» se rige por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a los

(179) NART: *Pago por consignación*, loc. cit., pág. 210.

depósitos judiciales. Procederá la devolución de los depositarios cuando, ante la oposición del acreedor, acuda el deudor a la vía contenciosa (Sentencia de 3 de febrero de 1968). No basta el anuncio previo de la consignación, sino que, practicada la misma, «deberá notificarse también a los interesados» (art. 1.178); tal comunicación hay que hacerla de acuerdo a lo dispuesto sobre notificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que valga al respecto cualquier tipo de señalamiento o noticia, ya que, como escribe BERCOVITZ, la notificación cumple la función de permitir al acreedor la consignación, o bien permanecer pasivo, pasándose entonces a la fase siguiente de decisión judicial, o, finalmente, oponerse a ella, dando paso al correspondiente procedimiento contencioso (180).

Aunque de acuerdo con el artículo 1.168 del Código Civil, «los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor», aquí, teniendo en cuenta que el acreedor ha rechazado sin razón la oferta de cumplimiento que se le hizo, «los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor» (art. 1.179 CC), previsión de toda justicia, ya que no deben correr a cargo del deudor si éste ha estado dispuesto a realizar la prestación debida con estricto sometimiento a las características de la misma.

La consignación será procedente cuando el acreedor la acepte, cuando, de acuerdo a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 1.180 del Código Civil, haya «recaído la declaración judicial de que está bien hecha» en el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria, y cuando, ante la oposición del acreedor a la consignación, el Juez declare mediante sentencia dicha procedencia una vez instado el juicio ordinario correspondiente.

Cuando en uno u otro procedimiento el Juez considere que la consignación no era procedente, la determinación de quién deberá soportar las costas habrá de hacerse de acuerdo a las normas genéricas procesales, ya que por más que el artículo 1.179 del Código Civil impone al acreedor los gastos de la consignación si ésta es procedente, de ello no cabe derivar que correspondan al deudor en el supuesto de que aquélla se declare mal hecha. Por gastos de consignación hay que considerar todos los egresos efectuados en relación a la misma, tales como gastos notariales, testificales o de cualquier otro tipo derivados del ofrecimiento de pago y anuncio de consignación, costas judiciales y honorarios de letrado (181).

(180) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1. op. cit., pág. 249

(181) CANO MATA: *La consignación*, loc. cit., pág. 771.

14. EFECTOS DE LA CONSIGNACION

La consignación, aunque nucleada en torno al depósito, es algo más que un depósito en cuanto, por constituir un subrogado del pago que libera coactivamente al deudor, hace falta que el mismo sea aceptado por el acreedor o que el Juez declare que ha sido adecuadamente efectuado. Exigencia natural, ya que la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor se producen sin tomar en cuenta la voluntad del acreedor al respecto, porque en otro caso, aunque justificada la conducta del deudor, podrían generarse serios peligros para los legítimos intereses del acreedor, que deben ser protegidos en cuanto titular de un derecho subjetivo patrimonial, por más que injustificadamente se haya negado a recibir el pago que en tiempo, lugar y forma se le ofrecía.

Resulta natural, por tanto, que mientras tales actuaciones no tengan lugar estemos en presencia de un nudo depósito al que se aplicarán las reglas generales de esta figura jurídica y, entre ellas, el artículo 1.766 del Código Civil, a cuyo tenor el depositario está obligado a restituir la cosa depositada «cuando la sea pedida». No es, según pretende BELTRÁN DE HEREDIA, que hasta tanto se produzca la aprobación del acreedor o la convalidación judicial, la consignación no se perfecciona porque el depósito, en sí, no tiene valor alguno y la relación del acreedor con el depositario no podrá surgir (182), sino que aunque no exista todavía la consignación *stricto sensu*, sí existe, en cambio, genuino depósito por más que el mismo carezca de los efectos extintivos y liberatorios propios de aquélla. El hecho de que no surja la relación del acreedor con el depositario es algo verdaderamente marginal, propio de no haberse producido la extinción del vínculo y de hallarnos en presencia de un depósito a favor de tercero (art. 1.257 CC), pero en nada obsta al nacimiento de la relación que es peculiar y obligada en todo contrato de depósito: la que se establece entre depositante y depositario.

Por ello, antes de producirse los eludidos eventos, «podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación». Ejecutando la facultad de retiro normal a todo depositante, el deudor dejará sin efectos el depósito realizado, resultando por completo superflua la advertencia legal de que en tal caso subsiste la obligación, ya que ésta de ningún modo se había extinguido por la mera práctica del depósito. En cambio, subsistirán todos los efectos que sean consecuencia del ofrecimiento de pago que debió preceder, salvo supuestos de excepción, a dicho depósito, tales como la *mora accipiendi*, el reconocimiento de deuda por el oferente, la interrupción de la pres-

(182) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 518.

cripción (art. 1.973 CC) y la elección o especificación consumadas cuando se trate de obligaciones alternativas o genéricas.

La perfección de la consignación exige, pues, la aceptación por el acreedor en forma expresa o tácita, o la declaración judicial de que el depósito es correcto. La declaración judicial será por auto, si, ante la no oposición del acreedor, se ha seguido el expediente de jurisdicción voluntaria, o por sentencia cuando, en razón de tal oposición, el deudor ha incoado el oportuno juicio. Si el Juez estima que no ha sido bien hecho el depósito, el auto o sentencia que dicte denegará la consignación; tratándose de auto no existe inconveniente para que, variando algunas de las circunstancias que llevaron al Juez a rechazar el depósito, pueda incoarse nuevo expediente de consignación, pues, según puede leerse en la Sentencia de 29 de abril de 1946, «habiendo versado la oposición sobre la falta de consignación de los intereses hasta la fecha de vencimiento del préstamo, pudo perfectamente plantearse de nuevo la cuestión en el segundo expediente, consignando a la vez el total importe del mismo y recaer nueva resolución, no obstante la resistencia del acreedor a recibirlo».

Como gráficamente expresa ALBALADEJO, aceptado por el acreedor el depósito o declarado bien hecho por el Juez, «en cualquiera de ambos casos se cierra el ciclo consignativo, y, como quiera que sustituye al pago, la obligación se extingue y el deudor queda liberado» (183). Este es el efecto típico y característico del ofrecimiento de pago y consignación en cuanto medio sustitutorio del pago, efecto que la ley recoge mediante las fórmulas de que «el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida» (art. 1.176 CC), o la más técnica de «para que la consignación de la cosa debida libere al obligado...» (art. 1.177 CC).

Según el párrafo primero del artículo 1.180 del Código Civil, «hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación». La expresión no es clara porque si por cancelación se entendiese la extinción de la relación obligatoria, es obvio que este efecto se produce *ministerio legis* en el mismo instante en que, por una u otra vía, se complete la consignación, sin que haga falta para nada instar posteriores actuaciones judiciales al respecto. Deberá entenderse, por tanto, según indica LACRUZ, como cancelar el título, «pues el crédito en sí no necesita orden judicial de cancelación, bastando el auto que declare la consignación bien hecha para acreditar la extinción de la deuda» (184), cual ocurrirá cuando se trate de inscripciones en el

(183) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., pág. 160.

(184) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 114.

Registro de la Propiedad (art. 180 RH) y, en especial, de cancelación de hipotecas.

Ello es así porque la extinción obligacional que la consignación produce afecta no sólo a la relación obligatoria principal, sino también a todos los accesorios y garantías generados en torno a ella, y, en consecuencia, resulta natural que el deudor esté legitimado para proceder a la cancelación de cuantas constataciones documentarias o tabulares existan en relación al crédito y a sus complementos. Ello atañe a la devolución de los documentos representativos de la obligación (títulos de crédito) o a la expedición del oportuno mandamiento judicial por el que se ordene, como dice el artículo 180 del Reglamento Hipotecario, la cancelación de la inscripción. Por lo que, quizá, la más correcta interpretación de la defectuosa expresión legal consista en estimar, en palabras de DÍEZ-PICAZO, que el deudor tiene derecho a que el Juez «expida el oportuno documento que acredite la extinción de la obligación» (185).

Mientras no tenga lugar la aceptación del acreedor o la declaración judicial de pertinencia del depósito, no sólo la obligación subsiste en su plena integridad, sino que el acreedor no adquiere derecho ni preferencia alguna respecto a la cosa depositada. Por ello hasta que no se perfeccione la consignación, los restantes acreedores podrán trabar acción sobre los bienes objeto de depósito, igual que sobre los restantes del deudor (186).

Rectamente conformada la consignación y produciendo, por tanto, sus peculiares efectos extintivos y liberatorios, cabe preguntarse cuál será el momento de arranque de los mismos. ¿Aquél en que tuvo lugar el ofrecimiento, o cuando por el acreedor o por el Juez se reconozca la adecuación del depósito, o, en fin, en el instante en que se depositaron las cosas a disposición de la autoridad judicial? La importancia práctica de una u otra solución salta a la vista en materia de riesgos e intereses.

La doctrina española coincide en que la eficacia retroactiva de la consignación bien hecha alcanza hasta el momento en que tuvo lugar la práctica del depósito. Tal es el parecer de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, para quienes «la consignación tiene efecto retroactivo y, por consiguiente, el riesgo pasa al acreedor desde el momento en que se hizo el depósito si más tarde se le atribuye la eficacia del pago (187). También para NART, en opinión que comparte BERCOVITZ, la retroacción no puede extenderse más allá de la efectiva consignación y nunca puede llegar al momento del requerimiento u ofrecimiento del pago (188).

(185) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 652.

(186) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil...*, XXIII, op. cit., pág. 1016.

(187) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas...*, I, op. cit., pág. 334.

(188) NART: *Pago por consignación*, loc. cit., pág. 210.

En el mismo sentido, CANO MATA aduce que el artículo 1.176 del Código Civil habla de que «el deudor quedará libre de responsabilidades mediante la consignación de la cosa debida», por lo que si el legislador hubiera querido decir otra cosa habría utilizado distintos términos, tales como «desde el momento del ofrecimiento de pago, si va seguido de consignación», o «desde el momento en que recaiga declaración judicial de que la consignación está bien hecha». Asimismo, que los posibles riesgos de la cosa deben pasar al acreedor desde el instante en que lo adeudado ha quedado a disposición de la autoridad que debe declarar la corrección de la consignación. Y, en fin, que una obligación se extingue cuando se entrega la cosa debida, y en la consignación tal ocurre desde que se deposita lo adeudado ante la autoridad judicial (*rectius*, a disposición de la autoridad judicial) (189).

Si nos atenemos a la letra de la ley (arts. 1.176 y 1.177 CC), no parece que pueda defenderse una postura distinta a la apuntada, ya que la norma siempre refiere la extinción de la obligación a la consignación de la cosa debida. Ahora bien, esta consignación sólo es tal, a los efectos que estamos considerando, cuando el acreedor la acepta o el Juez la declare correcta, y, sin embargo, los autores reseñados no tienen reparo en retrotraer su eficacia liberatoria al momento del depósito de la cosa; con lo que se produce una cierta diferenciación entre esta situación y la posterior que sobreviene cuando se regulariza el depósito efectuado, algo que no empece para que la extinción del vínculo se haga arrancar de la primera. ¿Por qué no hacerla avanzar un paso más hacia el instante en que se realizó el ofrecimiento de pago?

Ya se ha visto que el mecanismo sustitutorio del pago que estamos considerando es un procedimiento complejo que se integra tanto por la consignación como por la oferta de cumplimiento (salvo los casos de exoneración legal). Ambos conforman el subrogado del pago en estudio, y, en consecuencia, ¿es inadmisibles que los efectos liberatorios del mismo, caso de que llegue a formarse rectamente, se hagan arrancar del momento en que tuvo lugar su inicio? Obsérvese que tan absurdo como sería atribuir eficacia solutoria al ofrecimiento por sí solo, lo es también asignar la misma a la nuda consignación, habida cuenta de que ésta para ser tal tiene, como regla general, que descansar en la previa realización de aquél.

Según la construcción que se comenta se trataría de un acto complejo que no produce sus consecuencias jurídicas, cual es lo normal, en el instante en que resulta completado (la aceptación del acreedor o la declaración judicial), sino antes, a partir del momento en que se efectuó

(189) CANO MATA: *La consignación*, loc. cit., págs. 773-774.

el depósito. ¿Por qué detener aquí la retroacción y no hacerla llegar a la fecha en que se practicó el ofrecimiento de pago? Desde un punto de vista dogmático, parece más razonable esta conclusión que la primera. Cabe o no atribuir fuerza retroactiva a la oferta de pago y consignación, pero si se le asigna, lo que no tiene sentido es detener la misma en la consumación de una de las etapas en que se descompone el instituto, sino que lo conceptualmente correcto es hacerla llegar al punto de arranque del mismo, so pena de desnaturalizar la figura y de relegar el ofrecimiento de pago, algo que anteriormente se rebatió, a la simple consideración de mero antecedente o escueto acto preparatorio de la consignación.

Pensamos, por tanto, que la liberación del deudor se produce desde la fecha en que se practicó el ofrecimiento de pago, caso de que el mismo haya sido seguido del depósito y éste resulte aceptado por el acreedor o sea declarado bien hecho por el Juez. A quien alegare que cómo atribuir eficacia solutoria a una mera declaración de oferta de pago, se le debe contestar que tal cosa sólo ocurre cuando se ha practicado el depósito, por lo que se excluye en todo caso la posibilidad de que la extinción de la relación obligatoria pueda producirse sin que la cosa debida se encuentre en la situación de ser tomada por el acreedor en virtud de su entrega judicial. Sin ofrecimiento de pago puede haber consignación y, por tanto, extinción (los casos excepcionales contemplados en el párrafo segundo del artículo 1.176 del Código Civil), mas sin la segunda en supuesto alguno se producirá la desaparición del vínculo.

Además no se olvide que, en nuestro sistema, para que la primera fase o etapa de compuesto acto solutorio en estudio se estime bien hecha, y en consecuencia pueda dejar vía libre a la segunda, hace falta que el acreedor «se negare sin razón» a recibir el pago ofrecido. Si después rectifica y acepta la subsiguiente consignación que de la cosa debida ha realizado el deudor o el Juez procede a declarar la misma ajustada a Derecho, ¿no quiere decir ello que a los efectos jurídicos es como si en su momento dicho acreedor hubiese aceptado la oferta de pago que el deudor le hacía? ¿Por qué diferenciar en cuanto al momento de la producción de las consecuencias jurídicas dos situaciones que en el fondo son exactamente lo mismo? ¿No supone la dirección que se critica un indebido premio al acreedor que actuando irrazonablemente cambia luego de parecer o tiene que pasar por lo que el Juez declare al efecto? Desde el momento en que el acreedor rehúsa injustificadamente la recepción de la cosa debida, cualquier situación ulterior de desposesión del deudor enlazada con este acontecer debe conducir a considerar extinguida la obligación en aquel primer suceso.

Finalmente, en un precepto que guarda escasa relación con la sus-

tancia y efectos del procedimiento liberatorio que se está exponiendo, el artículo 1.181 dispone que: «Si, hecha la consignación, el acreedor autorizase al deudor para retirarla, perderá toda preferencia que tuviere sobre la cosa. Los codeudores y fiadores quedarán libres». MANRESA considera que el supuesto del artículo 1.181 no exige que la consignación esté exenta de defectos, sino que basta con que esté hecha en la forma que el artículo 1.178 determina (190). También para MUCIUS SCAEVOLA la expresión «hecha la consignación» del referido artículo hace referencia al momento anterior a su aceptación por el acreedor o por el Juez, ya que equivale a «hecho el depósito» a disposición de la autoridad judicial (191). Y de la misma manera, en el sentir de BELTRÁN DE HEREDIA, la facultad del acreedor es independiente de que esté bien o mal hecha la consignación, porque la misma va dirigida a obtener un acuerdo con el deudor acerca de la cosa debida (192).

No creemos que sean correctos tales planteamientos. Si por «hecha la consignación» se entiende «hecho el depósito», esto es, que no hace falta la aceptación del acreedor o la declaración judicial, ¿por qué exigir aquí la autorización del titular del crédito cuando, antes de producirse tales eventos, puede el deudor retirar libremente la cosa a su deseo, de acuerdo al párrafo segundo del artículo 1.180 del Código Civil? Y, sobre todo, ¿cómo hacer perder al acreedor toda preferencia o liberar a codeudores y fiadores, si, como sabemos, antes de la aceptación del acreedor o la resolución judicial la extinción de la obligación no se produce?

No parece, pues, que quepa otra salida que la de considerar que la hipótesis contemplada en el artículo 1.181 del Código Civil sólo tiene lugar cuando nos hallemos en presencia de una genuina y completa consignación a efectos del pago, es decir, cuando el depósito haya sido aceptado por el acreedor o el Juez lo haya declarado bien hecho. Plantear el momento anterior no tiene sentido, pues al mismo ya se refiere, en un plano jurídico obviamente diferente, el artículo 1.180. Esta es la posición del *Codice civile* italiano cuando en el párrafo segundo de su artículo 1.213 dispone: «Si después de la aceptación del depósito o de haber basado en cosa juzgada la sentencia que lo declara válido, el acreedor consiente que el deudor retire el depósito, dicho acreedor no puede ya dirigirse contra los codeudores y los fiadores, ni valerse de los privilegios de la prenda y de las hipotecas que garantizaban el crédito».

Y ello es natural. Consumada la consignación, la obligación a que la misma hace referencia se ha extinguido. Si el acreedor permite al deu-

(190) MANRESA: *Comentarios* .., VIII-1, op. cit., pág. 647.

(191) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*..., XXIII, op. cit., pág. 1016.

(192) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento*..., op. cit., pág. 519.

dor retirar la cosa, la relación obligatoria anterior, en cuanto fenecida, ya no puede volver a renacer y, por tanto, resulta lógico que el acreedor pierda toda preferencia que *ab origine* tuviese sobre la cosa (no la preferencia, como dice BERCOVITZ, que tuviese como consecuencia de la consignación, ya que ésta no genera preferencia alguna), así como que no pueda dirigirse ya frente a coudedores y fiadores, pues el crédito se ha extinguido con todos sus accesorios y garantías.

Autorizado el retiro, tampoco estamos en presencia de una extinción por novación, según pretende BELTRÁN DE HEREDIA, que encajaría en el número primero del artículo 1.203 (193), sino que, como gráficamente decía GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 1.115 del Proyecto de 1851, «es un nuevo crédito o préstamo el que se contrae» (194). Regularizada la consignación, la cosa ha pasado a pertenecer ya al acreedor (ahí reside la fuerza extintiva de la misma); por tanto, cuando el acreedor consiente que el deudor se lleve de nuevo la cosa está celebrando con él el negocio jurídico que convengan, y, según advierte con exactitud BERCOVITZ, nace una nueva relación jurídica, para la que habrá que atender a la causa de esa transmisión (195).

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

(193) *Ibid.*

(194) GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, op. cit., pág. 595.

(195) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 254.

DICTAMENES Y NOTAS

El Derecho de representación del artículo 814 párrafo tercero del Código Civil

SUMARIO: SISTEMA ANTERIOR A LA REFORMA DE 1981: Tesis del derecho de representación; representación amplia, intermedia y restringida. Tesis de la preterición.—SISTEMA TRAS LA REFORMA DE 1981: Conexión con el régimen anterior. Requisitos de actuación de la norma. Diferencias con la preterición. Contenido objetivo de la atribución: teorías restrictivas, teorías intermedias y tesis amplia. Otros efectos de la norma: distribución de lo adquirido por los descendientes ulteriores; cargas y obligaciones asumibles por los mismos; obligación de colacionar; extensión personal; efectos del nombramiento de un sustituto vulgar; carácter *iuris et de iure* de la presunción de no intencionalidad y de la voluntad de sustituir.

SISTEMA ANTERIOR A LA REFORMA DE 1981

El antiguo artículo 814 del Código Civil decía en su párrafo primero: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas».

No se contenía previsión alguna para el caso de que el descendiente no preterido falleciese antes que el testador; ¿qué derechos eran, entonces, atribuibles a sus descendientes?

Dos series de normas parecían encontradas en orden a la solución de tal problema: el artículo 766 («El heredero voluntario que muere antes que el testador... no transmite ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857»), y, por otra parte, los preceptos referidos a las legítimas, que protegerían la situación de los descendientes, habida cuenta de su condición de herederos forzosos al tiempo de fallecer el testador (arts. 807, 1.º; 808, y 813, fundamentalmente).

Esa divergencia normativa, unida a la ausencia de una proposición legal directa, motivaron bien pronto el que tanto la doctrina como la jurisprudencia adoptasen vías de solución diferentes, que es posible agrupar en dos grandes orientaciones: la que supone el recurso a la institución del derecho de representación y la que escoge como idóneo el camino de la preterición.

I. La primera, el derecho de representación, admitía variantes, resumibles en tres fundamentales alternativas:

- los descendientes del heredero fallecido recibirían todo lo que aquél debiera haber recibido por virtud de un verdadero y propio derecho de representación (de *lege ferenda*, lo defendieron CASTÁN y VALLET);
- los descendientes recibirán la legítima y la mejora correspondiente, pero no así el tercio libre (GIMÉNEZ ARNAU y ALBI AGERO);
- los descendientes acreditan sólo derecho a la legítima estricta.

— *La primera de esas tesis* tiene en su apoyo la propia justicia intrínseca de sus postulados, así como su mayor cercanía con la presunta voluntad del testador: quien instituyó en testamento a uno de sus hijos, que luego falta, no es pensable que abrigase el propósito de despojar de todo derecho a los descendientes de éste.

En su contra era de argüir el contenido condenatorio del artículo 766, contrario a la transmisión de derechos en favor de los herederos del heredero voluntario premuerto y señalador de dos únicas excepciones legales a esta regla, las de los artículos 761 y 857. Si existía alguna duda respecto a si el mencionado precepto se refería al heredero voluntario, pero no comprendía en modo alguno al que uniese a aquella cualidad la de legitimario, tal duda queda despejada con la remisión final de la norma a los artículos 761 y 857, en los que sí que se habla ya de descendientes y de derecho a legítima (en este sentido, PUIG BRUTAU, en *Fundamentos de Derecho Civil*, 3.^a edic., tomo V, vol. 3.º, pág. 341).

Que tal remisión es a todas luces desafortunada resulta evidente con sólo tener en cuenta que el artículo 766 parte de unos presupuestos: los de premoriencia, incapacidad y renuncia del heredero; sienta una conclusión: la no transmisión de derecho alguno a los herederos de aquél; y recoge unas excepciones que en uno de los casos, al menos, nada tiene que ver con los supuestos planteados (así la referencia al art. 857 en cuanto a la desheredación).

Pero lo cierto es que dicha remisión, injustificada y criticable si se quiere, obliga a colegir dos cosas: que el legitimario instituido here-

dero por el testador tiene una indudable faceta de heredero voluntario, y, en segundo lugar, que en todo lo referente a ese ámbito, su premoriencia impide la transmisión de derechos a sus herederos.

El sistema de nuestro Código Civil, como escribe VATTIER FUENZALIDA (*El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Madrid, 1986, pág. 277), es refractario netamente, por lo que toca a la porción libre, al derecho de representación en la sucesión testamentaria, siendo elocuentes en tal sentido los artículos 912, 3; 913, 986 y 888.

— *La segunda vía*, consistente en la atribución tanto de la legítima como de la mejora (exista o no mejora expresa), fue la opción escogida por autores como MARTÍNEZ CALCERRADA o LACRUZ BERDEJO, aunque se resitan, como hace este último autor, a considerar el caso como uno de derecho de representación.

Esta fue también la tesis adoptada, al menos conceptualmente, por el Tribunal Supremo, que en sus Sentencias de 22 de junio de 1931, 7 de junio de 1950, 6 de diciembre de 1952 y 5 de julio de 1966, consagró dos esenciales postulados: el primero, declarando que el derecho de representación era de posible aplicación a la sucesión testada, bien que circunscrito, como señaló la Sentencia de 1966, a la sucesión en favor de los herederos forzosos o legitimarios (descendientes, por imperativo del art. 925), y el segundo, bajo la terminante afirmación de que en el tercio libre no cabía tal representación (Sentencia de 1952).

Esta línea interpretativa, que, como decimos, se extrae de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo (en los considerandos de sus fallos), es preciso reconocer de inmediato que, en buena medida, queda desvirtuada, si se tienen en cuenta las soluciones concretas dadas a los casos debatidos.

Muestra evidente de la falta de sincronismo que denunciamos la constituye la Sentencia de 6 de diciembre de 1952, en la que, habiéndose producido la institución en los tercios libre y de mejora, a favor de dos de los tres herederos legitimarios, el Tribunal Supremo consintió que, por premoriencia de uno de aquéllos dejando descendientes, se atribuyese el tercio libre, por acrecimiento, al otro legitimario, y que el de mejora fuese repartido entre «todos los legitimarios existentes». En el terreno de los hechos vemos, pues, que el Tribunal Supremo no reconoce a los descendientes del premuerto la totalidad de la mejora que el causante asignó a éste, pero tampoco les priva de participar, igualmente con los demás legitimarios, en dicho tercio.

Todavía dentro de esta orientación, algún autor se mostró contrario a la atribución de la mejora a los descendientes del premuerto, cuando el testador usó en todo o en parte de su facultad de mejorar, pues, entonces, la concreta porción dispuesta no es legítima propiamente dicha

y dimana de la voluntad del testador, debiendo, por ello, participar del régimen regulador del tercio libre (así, DE LA CÁMARA, en *RDN*, número 7, 1955, pág. 30).

— *La tercera alternativa*, esto es, la atribución a los descendientes del premuerto de la legítima estricta, tampoco podía resultar la mejor de las opciones posibles, revelándose a la postre como la de menor viabilidad.

En primer término, supondría equiparar la premoriencia del legítimo a los casos de desheredación o indignidad (arts. 761 y 857), equiparación arbitraria a todas luces, por cuanto ni el testador ha manifestado, en modo alguno, su voluntad de desheredar, ni el instituido o sus descendientes han incurrido en causa alguna que provoque su condición de indignos o incapaces para suceder al causante.

La premoriencia no es en sí una incapacidad, y buena prueba de ello la constituye el contenido de los artículos 744 y siguientes del Código Civil, en los que no se incluye como tal causa, así como la propia dicción del artículo 766, que separa como supuestos distintos los de premoriencia, incapacidad y desheredación.

Negar el derecho al tercio de mejora a los descendientes del premuerto, por ese sólo hecho de la premoriencia, parece una iniquidad injustificable. El Tribunal Supremo únicamente se ha atrevido a mantener esa limitadísima atribución en aquellos casos en que la voluntad sancionadora del testador era evidente, tales como el de la desheredación injusta a que se refiere el artículo 851 del Código Civil (Sentencia de 23 de enero de 1959).

En segundo lugar ha de tenerse en cuenta que si el testador no mejoró a ninguno de sus herederos la premoriencia de alguno de ellos abriría una doble opción: o se procede a la apertura de la sucesión intestada en cuanto a la teórica mejora a él correspondiente, con la consecuencia de que en ella sucederían también en parte (por ser herederos legítimos y forzosos del causante) los propios descendientes del heredero premuerto, que es a los que justamente se trataba de excluir, o bien se atribuye lisa y llanamente la porción de mejora del premuerto a sus demás colegitimarios, con infracción de todas las normas sucesorias existentes en nuestro ordenamiento (la legítima, cuando no existe mejora expresa, está integrada por dos tercios de la herencia). En ambos casos se producirían, además, para los colegitimarios unas mejoras presuntas que nuestro sistema, por principio, repudia. Si el testador mejoró expresamente al premuerto, la privación a sus descendientes de tal mejora supondría incurrir en los mismos desvaríos antes apuntados.

II. La tesis del recurso a la preterición y sus reglas, como medio de solución del problema que nos ocupa, tuvo en nuestro Derecho pa-

trio como principal abanderado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, a nuestro modo de ver, se mantuvo en términos de absoluta coherencia con el sistema de normas vigentes.

Los argumentos esgrimidos por el Centro Directivo pueden ser resumidos del modo siguiente: si los descendientes de otro descendiente, premuerto al testador, son sin duda alguna herederos forzosos de éste, la omisión de los mismos en el testamento constituye un claro supuesto de preterición, con aplicación de lo previsto en el artículo 814 (en su redacción entonces vigente).

Por esta misma línea de estimar existente una preterición se inclinaron autores como ROCA SASTRE, PUIG BRUTAU, CASTÁN y VALLET DE GOYTISOLO (*Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Madrid, 1974, volumen LVIII, págs. 627 y 944), aunque, como ya vimos, los dos últimos, de Derecho constituyente al menos, se muestran partidarios de la aplicación de la sustitución vulgar tácita.

Pero lo cierto es que esta tesis, aun a pesar de su mayor ajuste y respeto a las disposiciones legales, tampoco viene a colmar las necesidades existentes, ni a constituir la satisfactoria solución del problema planteado, pues, siendo verdad que en algunos casos se traduce en la atribución de mayores derechos a los descendientes del premuerto (supuesto en que el testador instituya a todos sus hijos por iguales partes), puede ocurrir, desde luego, lo contrario, es decir, que, al anularse la institución de heredero con respeto a las mandas y mejoras, los descendientes del premuerto reciban menos de lo que habrían de percibir si se hubiese aplicado el derecho de representación parcial preconizado por el Tribunal Supremo y un sector doctrinal (tercios de legítima y mejora).

Justamente ese indeseable efecto minorador fue el que se produjo en el caso debatido en la Resolución de 14 de agosto de 1959, en la que, al haber dispuesto el testador un legado de los tercios libre y de mejora en favor de tres de sus cuatro legitimarios, la premoriencia de uno de aquéllos motivó, según la interpretación de la Dirección General, el acrecimiento de su parte a los otros colegatarios, con privación de derechos a los descendientes del fallecido.

Tampoco es posible olvidar que la tesis de la preterición supone la implantación de un engorroso requisito añadido. En efecto, anulándose la institución de heredero, el título sucesorio que determine las nuevas relaciones hereditarias será la oportuna declaración judicial de herederos *ab intestato*. Ese nuevo requisito formal puede ser soslayado cuando los herederos instituidos hubieren reconocido en la partición, a los descendientes del premuerto, el derecho que les habría correspondido de haberse abierto total o parcialmente la sucesión intestada (Resolución de

10 de mayo de 1950); pero tal dispensa no es posible cuando aquel convenio explícito no se produce, y así, si la partición es realizada por el contador partidor, aquella declaración judicial de herederos se torna imprescindible (Resolución de 1959).

Las soluciones al problema no eran, desde luego, plenamente satisfactorias, pero había que convenir con la Dirección General que el recurso al derecho de representación no gozaba de un sólido fundamento legal, «máxime, dice el Centro Directivo en su Resolución de 1959, cuando la última reforma de nuestro Código Civil (se refiere a la de 1958) se abstuvo de regular y resolver la cuestión, a pesar de que era, sin duda, conocida por el legislador».

A ello añadimos nosotros que la citada reforma de 1958 introduce en el primer párrafo del artículo 814 un significativo retoque: la supresión de la «limitación» en el elenco posible de los preteridos, pues en la redacción originaria («sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador») parecía ceñirse a aquellos legitimarios que, existiendo al tiempo del testamento, el testador omitió, o que, no existiendo en tal momento naciesen después de muerto el testador y que ostentasen, al estar concebidos en tal momento, derecho a legítima. Esta supresión, abre, en consecuencia, el ámbito de la preterición a cualquier caso en que al fallecimiento del testador exista, o esté al menos concebido, un legitimario no designado por aquél en su testamento. Es razonable pensar que el legislador tuvo *in mente*, al realizar esta modificación, el problema que en el presente estudio nos ocupa.

SISTEMA TRAS LA REFORMA DE 1981

Llega la reforma de 1981 y el legislador ha subsanado su omisión, añadiendo al artículo 814 un párrafo cuyo tenor literal es como sigue: «Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos». Sólo queda interpretar los términos empleados por el precepto, sin que sea ya lícito el recurso a instituciones análogas para solucionar el problema. El legislador lo aborda y lo resuelve, sólo falta que lo entendamos debidamente.

CONEXIÓN CON EL RÉGIMEN ANTERIOR

No es buen comienzo el de CAMY (*Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 3.^a edic., vol. III, pág. 279), quien nos dice, después de trans-

cribir el párrafo del precepto, que ha triunfado la tesis del Tribunal Supremo. Nosotros entendemos que no procede hablar de triunfos, pues, si bien es cierto que el nuevo párrafo alude expresamente a la representación (dándole la razón al Tribunal Supremo) y que rechaza la tesis de la preterición (defendida por la Dirección General de los Registros y del Notariado), no lo es menos que sus términos permiten colegir, como vamos a intentar demostrar en este estudio, que la representación consagrada es tan amplia que abarca, y así acaba reconociéndolo el propio CAMY, todo lo que iba a heredar el representado, extremo este que siempre se negó a admitir el Tribunal Supremo.

Pero, si la reforma amplía, en el aspecto cuantitativo, la tesis tradicional de la representación, ahondando en su contenido es posible apreciar cómo la restringe en cuanto a los casos en que procede. Al referirse a los descendientes de otro descendiente «que no hubiere sido preterido», la nueva redacción fija la necesaria cualidad de heredero forzoso de éste, por lo que no será posible aplicar el especial derecho de representación cuando falte esa cualidad. En términos de hipótesis, y sólo por facilitar su referencia, lo designaremos así, aun cuando ello no prejuzgue, de momento, el optar por una institución u otra.

Así, en las disposiciones hechas a favor del nieto del testador, cuyo padre, legitimario de aquél, vive, ya se hagan con cargo al tercio libre, ya lo sean al de mejora, no cabe aplicar la representación en favor de los descendientes de tal nieto, si éste llegase a premorir al testador. Quizá el único caso de excepción a ello pueda encontrarse en el poco probable supuesto de que al fallecer el testador ya no existan ni el hijo legitimario ni el nieto mejorado, en el que, en razón a la ganada condición de legitimario del nieto, podría invocarse el derecho de representación en favor de sus descendientes, siempre claro está que los fallecimientos hubiesen seguido el orden cronológico necesario: hijo-nieto-causante, pues en otro caso (fallecimientos nieto-hijo-causante) la falta en aquél de la cualidad de heredero forzoso impedirá la aplicación del precepto. En síntesis, la norma exige que el descendiente no haya sido preterido, y no es posible preterir a aquellos a los que el testador no estaba obligado a nombrar.

El especial derecho de representación consagrado no se extiende más que a favor de los descendientes en los que concurra la cualidad de legitimarios, y por ello no cubrirá la mejora —y menos el tercio libre— cuando aquélla o éste queden atribuidos a persona que no ostente esa doble condición.

La norma del artículo 814. 3. de nuestro Código Civil puede decirse que carece de entronque, al menos total, con los antecedentes jurídicos de nuestro Derecho común.

Es una norma nueva que, sobre criterios previamente elaborados doctrinal y jurisprudencialmente, afronta un problema ya existente, y da al mismo una solución más generosa que las hasta entonces propuestas por los teóricos. Los prácticos del Derecho no ignoramos que dicha solución fue ya adoptada por los propios herederos en múltiples particiones, como consecuencia de haberse entendido por todos que tal era la presunta voluntad de su causante. Bajo este prisma de novedad, creemos nosotros que debe ser interpretado el precepto.

REQUISITOS DE ACTUACIÓN DE LA NORMA

Con vistas al anterior avance, y como desarrollo más completo del mismo, procede examinar ahora los requisitos de aplicación del precepto que nosotros entendemos son los siguientes:

1.º Que haya testamento válido, pues el artículo 814 se desenvuelve exclusivamente en el ámbito de la sucesión testada, única en la que puede darse la preterición, de modo que no basta, por ejemplo, la existencia de una donación a favor del descendiente en cuestión si en el testamento del donante-causante se produce una preterición (entendida como silencio) total.

2.º Que el testador tenga, al menos, un hijo o descendiente, pues la aplicabilidad de la norma está referida tan sólo a la preterición de los descendientes de un hijo o descendiente, fallecido antes que el testador. Quedan fuera de ella los demás supuestos de preterición.

3.º Es inexcusable premisa que el testador haya llamado a su herencia al descendiente a partir del cual se desencadena aquella aplicación. Por el contrario, es indiferente a estos efectos que hubiere, o no, preterición de otro u otros descendientes, pues el precepto entendemos que seguiría siendo aplicable, bien que por la vía del número 2.º del propio artículo 814, de modo que los legados hechos al descendiente no preterido valdrían a favor de sus propios descendientes en cuanto no sean inoficiosos. Señala VATTIER (pág. 289) que el representado no debe estar preterido en el testamento, para lo que es preciso que sea preterible; si realmente hubiese sido preterido no es de aplicación, como dice dicho autor, la norma particular del artículo 814, 3, sino las reglas generales que rigen los efectos de la preterición, lo mismo intencional que no intencional.

4.º Se precisa, además, como se deduce de cuanto llevamos dicho, que uno de los descendientes del testador, no preterido, premuera a éste, dejando, a su vez, descendientes, en quienes recaería por dicho fallecimiento la cualidad de herederos forzosos, pues en otro caso sería de

aplicación el penúltimo párrafo del mismo artículo, por cuya virtud el testamento surtiría todos sus efectos.

5.º Y, por último, es necesario que, naturalmente, el testador no haya previsto la premoriencia a través de una sustitución vulgar.

DIFERENCIAS CON LA PRETERICIÓN

Como primer paso en la clarificación de la norma, mucha más relevancia que la fijación exacta de lo que la misma consagra: un derecho de representación, bien sea entendido en su acepción general o estricta, o una sustitución vulgar legal, tiene, a nuestro juicio, la neta determinación de lo que la norma es. En tal sentido se impone la conclusión de que el precepto no recoge un supuesto de preterición, antes al contrario, lo evita. Así lo reconoce la práctica totalidad de la doctrina, como después veremos, y así lo expresa, en términos que no admiten duda, el propio legislador: «y no se consideran preteridos».

Con todo, los antecedentes de la doctrina y la jurisprudencia patrias, hacen que no esté de más el que insistamos ahora en las esenciales diferencias existentes entre este especial derecho de representación y la institución de la preterición, que, a nuestro modo de ver, estriban en dos puntos: uno sustantivo, los descendientes del no preterido no recibirán ni más ni menos que lo que aquél había de percibir, y otro formal, pues, al no anularse la institución de heredero, el testamento conservará íntegra su validez, no siendo necesaria la declaración judicial de herederos *ab intestato*. Desarrollemos ambos puntos.

Con la preterición errónea de un hijo o descendiente, si es único, se produce la anulación de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, de modo que los descendientes de aquél, como herederos *ab intestato* del causante, recibirán incluso los legados dispuestos por el testador.

Si el preterido concurre con otros descendientes no preteridos, el efecto es el de la anulación de la institución de herederos, valiendo las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

Con el especial derecho de representación, los descendientes del legítimo premuerto reciben la integridad de todo cuanto había de recibir aquél, no pudiendo detraérseles nada (institución, legados o mejoras), ni añadirseles tampoco nada (legados o mejoras o institución en favor de los demás legitimarios o incluso en favor de extraños), salvo por la vía de la reducción por inoficiosidad, en cuanto las disposiciones sean lesivas a la legítima.

En la propia preterición, al anularse la institución de heredero, las

conocidas líneas directrices de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ya dejamos señaladas, y que en este punto resultan, tras la reforma, plenamente aplicables, obligan a entender que, salvo convenio de todos los herederos instituidos reconociendo al preterido los derechos que le corresponderían de haberse abierto la sucesión intestada, es precisa la declaración judicial de herederos *ab intestato* (así cuando la partición se realiza por el contador-partidor).

Por el contrario, tratándose de este especial derecho de representación, debe el contador apreciarlo y adjudicar a los descendientes del premuerto los bienes que a aquél corresponderían. Si el contador puede y debe apreciar la sustitución vulgar ordenada por el testador, aun de forma no excesivamente explícita, como reconoció la Resolución de 4 de diciembre de 1905, de igual modo podrá tener en cuenta esta sustitución vulgar ordenada por la ley de modo indudable. La premoriencia del heredero al testador es un dato que, como afirma CAMY (*ob. cit.*, página 277), el contador debe indagar, para aplicar las pertinentes disposiciones, bien sean testamentarias (sustitución vulgar) o legales (derecho de representación, acrecimientos o apertura de la sucesión intestada).

CONTENIDO OBJETIVO DE LA ATRIBUCIÓN

Indudablemente el crucial problema que el artículo 814, 3, plantea no es otro que el de la determinación de lo que hayan de recibir los descendientes ulteriores por virtud del especial derecho sucesorio en su favor establecido.

Y vuelve a no ser pacífica en la doctrina una cuestión que, a la vista de los términos de la nueva norma, nunca debió haber suscitado problemas. Los autores se encuentran divididos entre una opinión que podríamos denominar restrictiva y otra catalogable como amplia o lata, coexistiendo una serie de orientaciones intermedias. De todas ellas, pasamos a ocuparnos.

A) *Teorías restrictivas*

Defensores de esta interpretación son DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (*Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1983, vol. IV), quienes, después de advertir que entre el sistema de la preterición y el del derecho de representación, el precepto ha optado por este último (pág. 436), sostienen que «teniendo en cuenta la interpretación sistemática (el precepto se halla incardinado dentro de las reglas relativas a la preterición, que es una de las salvaguardias de la legítima exclusivamente) y de

la naturaleza de la sucesión testada en cuanto a la parte disponible (que depende únicamente de la voluntad del testador) parece necesario circunscribir al ámbito de la legítima la representación» (pág. 591). Se completa esta declaración con las siguientes afirmaciones: «Si el testador instituye heredero a su hijo en la parte de libre disposición, si le premuere no le suceden por representación sus descendientes» (página 434); «el tercio destinado a mejorar no es legítima en tanto en cuanto se disponga de él, sino que debe conceptuarse como libre» y en ese sentido «en la mejora no hay representación» (pág. 436).

B) *Teorías intermedias*

Dentro de ellas es posible encuadrar la defendida por VALLET que termina por avocar en un empirismo que exigirá la dilucidación del problema, caso por caso, y la teoría de VATTIER, que goza de la originalidad, que nosotros no aceptamos, de entender existente una institución a la que han de aplicarse las reglas de otra.

VALLET DE GOYTISOLO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Madrid, 1982, tomo XI, página 182), no parece aceptar que la palabra «representan» utilizada por el precepto equivalga a una sustitución vulgar en el contenido testamentariamente atribuido, poniendo como caso extremo el del hijo al que se ha llamado a la totalidad de la mejora y que premuere dejando sólo hijos no matrimoniales. Lo cierto es que dicho autor no se pronuncia claramente por una respuesta a la cuestión y termina su discurso doctrinal indicando que «estos supuestos deberán encajarse en la hipótesis final del artículo 814, según el cual: a salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador, interpretando su testamento a tenor de lo previsto en el artículo 675, 1.º, del Código Civil, conforme a su intención». En el caso de entender que esta especial representación se limita a las legítimas, sigue diciendo VALLET, será la legítima larga, en cuanto no la reduzcan mejoras o legados, o bien la total cuota *ab intestato*, sólo en el caso de haber sido instituidos todos los hijos por partes iguales.

Por su parte, VATTIER (*ob. cit.*, pág. 284) escribe que la *ratio* de la norma es evitar la preterición de los descendientes del descendiente premuerto; que es norma paralela a los artículos 761 y 857, y que constituye una nueva salvedad al artículo 766; pero a la postre acaba concluyendo que de lo que se trata es de un supuesto de representación, si bien, para la determinación del *quantum* a deferir a los representantes hay que estar al que fijan las normas de la preterición (pág. 287). No comprendemos cómo pueden cohonestarse dos afirmaciones tan con-

tradictorias: que no hay preterición, pero se aplican sus normas. Es posible que el autor canalice esa vía de salida, como medio de soslayar la inicua atribución de derechos que los descendientes obtienen con la tesis que hemos dado en llamar estricta; pero en esa intención el camino no puede ser otro que el de la tesis amplia, de la que pasamos a ocuparnos a continuación.

C) *Tesis amplia*

Bien sea acudiendo al derecho de representación, bien a la sustitución vulgar legal, ora sin recurso a analogía con institución conocida alguna, esta teoría pregona que lo que reciben los descendientes ulteriores es la totalidad de lo que debió recibir el premuerto.

Se han decantado claramente por esta tesis BOLÁS ALFONSO (*AAMN*, 1982, pág. 207), REY PORTOLÉS (*RCDI*, 1982, pág. 357) y MIQUEL GONZÁLEZ (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984, pág. 1303).

CAMY (*ob. cit.*, pág. 297) considera que lo establecido por el artículo 814, 3, es una sustitución vulgar legal. PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, cit., pág. 347) nos dice que el precepto establece en la actualidad un derecho de representación en la sucesión testada. Ninguno de estos dos autores señala explícitamente el exacto alcance de lo que hayan de recibir los descendientes, quizá por lo evidente del caso, si se tiene en cuenta la naturaleza de las instituciones a las que recurren.

ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*, Barcelona, 1982, tomo V, página 386) apunta que el precepto evita la preterición de los ulteriores descendientes, concediéndoles, como representantes de su padre, lo dejado en el testamento a éste.

CASTRO LUCINI (*Temas de Derecho sucesorio*, Madrid, 1987, página 417) advierte que en los casos de premoriencia del descendiente no preterido no hay preterición de sus descendientes, pues éstos representan a aquél, aunque puede decirse que «más que propia representación» de lo que se trata es «de un caso de *successio graduum*».

LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1981, tomo V), partidario igualmente del sistema de representación amplia, sienta con su habitual maestría tres conclusiones que, para nosotros, son trascendentales: 1.^a La simple representación en la legítima no precisa de un precepto especial que la imponga, pues es un problema ya resuelto por el artículo 807, 1.º, del Código Civil. 2.^a Si para los casos de desheredación e indignidad hay unos preceptos especiales (arts. 761 y 857), es porque en ellos cabía dudar de que la sanción afectase conjuntamente a la estirpe (pág. 60). 3.^a El precepto del artículo 814, 3, no

se limita a la legítima, es simplemente una representación en la sucesión testada, predispuesta excepcionalmente para caso de premoriencia y para personas unidas las tres por parentesco en línea recta, de forma que los descendientes del no preterido «recibirán exactamente lo mismo que hubiera recibido su progenitor» (pág. 526). Era imposible decirlo mejor.

Nosotros compartimos, naturalmente, los resultados de estas orientaciones; deducimos que lo establecido por el artículo 814, 3, es un auténtico derecho de representación, bien que especial, y limitado a los casos contemplados, pero sujeto en cuanto a su extensión y efectos a los propios de aquel derecho. Claro está que, después de los ejercicios doctrinales examinados a propósito de las dos anteriores tesis, la demostración pura y simple de tal afirmación nuestra, no sería, desde luego, definitiva, siendo preciso probar de modo terminante, y en ello pondremos el mayor ahínco, que tal derecho es total, que comprende cuanto había de recibir el legitimario premuerto.

En esa línea los argumentos a esgrimir se resumen en los siguientes:

Primero.—Limitar los derechos de los descendientes del no preterido sólo a la legítima, sea ésta estricta o amplia, ceñirlos a aquélla y a la mejora expresa, o entender aplicables las normas de la preterición, es ignorar por completo las reformas operadas en nuestra legislación.

Todas las citadas alternativas fueron soluciones que la doctrina y la jurisprudencia trabajosamente elaboraron sobre la base del material legislativo existente con anterioridad.

Se afirmaba que el problema era tal porque el legislador no lo había abordado ni en la redacción originaria ni en la reforma de 1958. Se apuntaba, con razón, que quizá lo ideal era la aplicación del derecho de representación, pero que esta meta resultaba inalcanzable con los textos existentes en los que se contenía un marcado repudio a la admisión de tal derecho en la sucesión testada. Se suspiraba porque el legislador resolviese el problema a través de una norma explícita. Se reconocía, en fin, que, mientras esto no ocurriera, las soluciones a tal cuestión habían de ser necesariamente insatisfactorias.

Pues bien, el legislador ha abordado el problema, le da una solución que, en lenguaje usual, podría calificarse de clara, y el resultado de ello es que los juristas nos negamos a creer que ello sea así.

El párrafo 3.º del artículo 814 tiene que significar algo más que la nada. Sus expresiones «representan» (no triunfó el texto de la enmienda 500 en la que se sustituía tal locución por la de «ocuparán su lugar») y «no se consideran preteridos», han de tener un sentido superior al que significaría su inexistencia. Es verdad que el precepto no dice que queda admitido el derecho de representación en la sucesión testada, pero

es que ni hacía falta, ni procedía el decirlo, porque aún hoy tal derecho no es admisible, en general, en dicho tipo de sucesión (al contrario de lo que ocurre en algunos de nuestros territorios forales), con la excepción señalada del caso de esta norma, y, si se quiere, de la que suponen los artículos 761 y 857. No podía proclamarse un principio general allí donde sólo se estaba consintiendo la excepción.

Segundo.—Si se admite que lo que el artículo 814, 3, del Código Civil contiene es un supuesto de representación, esto hay que llevarlo hasta sus consecuencias finales. No puede pretenderse que el legislador de 1981 desconozca al alcance del propio derecho de representación, por lo que al afirmar que los ulteriores descendientes «representan» al descendiente (ascendiente suyo) no preterido, remite necesariamente a la aplicación del artículo 924, que concede a los representantes «todos los derechos que tendría (el representado) si viviera...».

Nada ha de decir contra ello la atribución de derechos contenida en los artículos 761 y 857, en los que el legislador evita la mención explícita del derecho de representación y utiliza otras expresiones menos indicativas, aclarando de forma indubitada, eso sí, sus reducidos efectos.

Así, se dice en ellos que los hijos y descendientes «conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima», o «adquirirán éstos su derecho a la legítima». Y, para nosotros, es correcta esa omisión, porque el derecho a la legítima no lo adquieren los descendientes por derecho de representación, sino por derecho propio, o sea, por ser ellos mismos legitimarios (para el supuesto de acrecimiento, véase en este sentido el párrafo segundo del artículo 985).

Ante la eventualidad de una indignidad o desheredación, había que resolver legislativamente, como señala LACRUZ, si con ello terminaban los derechos de los ulteriores descendientes, o si, por el contrario, debía reservarse a éstos al menos la porción estricta legitimaria. La ley ha tomado partido por la segunda de las soluciones, pero en modo alguno ello significa una postura restrictiva del derecho de las estirpes, sino, antes al contrario, la adopción de un criterio favorable a las mismas, allí hasta donde lo permiten las especiales situaciones contempladas. En la duda, razonable de otro lado, de si tales estirpes quedaban condenadas a no adquirir, el legislador opta por su absolucón.

Pero es más, aunque, llevados por la dicción del artículo 929, se entendiese que tales preceptos sí contienen un propio derecho de representación, habría que argüir que la extensión normal de tal derecho es la que fija el artículo 924 que ya conocemos, y que cualquier restricción en tal contenido, exige la expresa disposición del legislador, tal y como ocurre en los mencionados preceptos. En todo caso en que el

legislador no prevenga limitaciones al derecho de representación, como ocurre en el artículo 814, 3, éste habrá de ser total.

Tercero.—No admitir el derecho de representación amplio supone, tal y como ya vimos, equiparar el caso de premoriencia con los de desheredación o indignidad, cuyo aspecto sancionador, explicable en su peculiar contexto, sería del todo repudiable por el solo hecho de la premuerte del instituido.

Los descendientes del descendiente no preterido podrían, entonces, recibir menos que si se considerasen preteridos, pues, como en el caso de no haberse introducido este derecho, se aplicarían las normas de la preterición, con lo que, evidentemente en la mayoría de los supuestos resultarían beneficiados y, desde luego, nunca perjudicados. Sería curioso, si no fuera triste, que esta norma, con toda su apariencia de beneficiosa para los descendientes del no preterido, acabara, por mor de una interpretación doctrinal anclada en soluciones del pasado, convirtiéndose en precepto restrictivo de sus derechos, cuando no en auténticamente sancionador. Caro favor habremos hecho a los representantes con esta norma «favorable» de la Ley, si se interpreta tan mezquinamente.

Cuarto.—Esta atribución amplia es la que mejor se aviene con la interpretación de la presunta voluntad del testador.

Al ascendiente que instituye heredero a su descendiente, que le premuere, y que no prevé la posibilidad de esta premoriencia, no puede achacársele ánimo de preterición. De su simple imprevisión no es posible deducir que su intención fue la de privar a los descendientes del instituido de una buena parte de lo que a éste dejó.

La ley, para evitar precisamente las no deseables consecuencias de la preterición, interpreta, por omisión, la voluntad del testador, y, en defecto de circunstancias que le induzcan a inferir otra cosa, subroga a los descendientes en la exacta situación jurídica que hubiera ocupado el llamado, caso de haber sobrevivido al testador.

Nos parece claro que si el testador hubiese querido limitar el *quantum* de la sucesión de los ulteriores descendientes, disponía de medios suficientes para hacerlo; si no lo hizo, la más razonable explicación es la de que no quiso hacerlo. El simple silencio no puede condenar a estirpes tan calificadas como las de los descendientes del propio testador. La Ley, con su interpretación, no hace sino completar, dándole eficacia, la voluntad del causante imprevisor.

Quinto.—El derecho de representación total es, de otro lado, el que menos trastornos causa en el mecanismo sucesorio: evita la anulación total o parcial del testamento o de la institución de herederos; elude la apertura de una sucesión intestada respecto a todos aquellos casos

en que la institución en favor del no preterido fuese (cosa normal) superior a la estricta cuota legitimaria; soslaya el, en otro caso, necesario recurso a la declaración judicial de herederos; y permite, en fin, que la partición por contador se desarrolle normalmente, al poder apreciar aquél este especial derecho y desarrollar adecuadamente sus efectos.

Sexto.—La radicación del precepto (incardinado en las normas correctoras de la preterición), ha sido, en algún caso, pretexto de peso para negar la tesis amplia. Se dice que al ser la preterición una institución de protección de las legítimas, no es posible invocar que el precepto que nos ocupa alcance a cubrir más allá de éstas, por lo que los descendientes del premuerto no quedan amparados más que en lo referente a la legítima.

El argumento no puede ser más falaz. Una cosa es que el artículo 814 proteja las legítimas, y otra bien distinta es que sus efectos se circunscriban a éstas. Ciertamente, es posible afirmar la estricta protección legitimaria en la disposición contenida en su párrafo primero («no perjudica la legítima» y se «reducirá la institución»), pero no puede decirse lo mismo respecto de su segundo párrafo, que, para la preterición no intencional de hijos o descendientes, previene como resultado la «anulación de la institución de herederos» e incluso el que se anulen «las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial».

Parece indudable que en tales supuestos el Código, en aras a la protección de las legítimas, ha alcanzado, con sus efectos de recomposición hereditaria, un marco muy superior al de aquéllas. La protección tiene como base o fundamento las legítimas, pero afecta o puede afectar al contenido patrimonial de todo el testamento.

Séptimo.—El artículo 814 habla de heredero en el sentido de «heredero forzoso», no en el de «instituido heredero».

Como es sabido, el llamamiento al legitimario puede hacerse por cualquier título, y no exclusivamente por el de la institución. Así las cosas, si al heredero forzoso se le pagaran sus derechos con un legado, suponemos que nadie se rasgaría las vestiduras si se obtiene la conclusión de que también en ese caso se aplica el artículo 814, 3. No vemos nosotros razón alguna para que en un supuesto se declare aplicable y en el otro no. La representación especial debe darse, en consecuencia, tanto en la institución como en los demás llamamientos singulares.

Dicha norma consagra la representación sin señalarle límites: «representan a éste en la herencia del ascendiente», y la herencia «comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte» (art. 659 CC), sin que el Código Civil haga concesiones al hecho de que se distribuya por un título u otro.

Octavo.—Como imputación y menoscabo de la tesis amplia se dice

que la ley nunca debería inmiscuirse en la parte libremente disponible de la herencia. Esta afirmación, cuya bondad intrínseca sería posible discutir, y aún aceptar, es lo cierto que no pasa de ser un deseo que no se corresponde con la realidad. Las normas del genuino derecho de representación (arts. 924 y ss.), o las del derecho de acrecer (arts. 981 y ss.), entre otras, son claro exponente de la injerencia legislativa en el tercio de libre disposición. Y es que, a pesar de su pregonada libertad, no es posible rechazar aquellas disposiciones legales tendentes a suplir las omisiones formales de los testadores. Cuando la intromisión se produce en términos de respetuosa complementariedad, nada hay que objetar a ella.

Noveno.—El artículo 814, 3, junto a la expresión «representan», contiene, según vimos y sin duda como refuerzo, la de que los descendientes del descendiente «no se consideran preteridos».

La lógica impone como conclusión la de que, si no se consideran preteridos, han de considerarse llamados. ¿Cómo? Evidentemente en los mismos términos y con la propia extensión del instituido. Van a la herencia como si ellos mismos hubiesen sido directamente los designados. Donde el testador dice «mi descendiente X», ha de entenderse o leerse «los descendientes de mi premuerto descendiente X». Eso es lo que dice el artículo 814; dejemos al gato tranquilo con sus cuatro patas.

La serie de razones y argumentos que dejamos expuestos nos reafirman en la anunciada convicción de que la esencia de este especial derecho de representación consiste en que el representante adopta la exacta posición del representado en la herencia del ascendiente común.

Esta subrogación se extiende a todas las previsiones testamentarias relativas al representado (cargas, condiciones, legados, prelegados...), con dos únicas excepciones: las personalísimas afectantes al representado y aquellas respecto de las cuales así lo hubiera manifestado el testador expresa, o, incluso, tácitamente. Así ocurrirá si el testador ordena un prelegado a favor del representado y lo causaliza (y lo mismo se diga del legado superior en cuantía a la legítima), en tales casos es posible concluir que no se extiende a ellos el indicado derecho. Tal habría que entender, por ejemplo, si el prelegado es para atender a sus estudios, a los gastos de una intervención a sufrir por el propio prelegatario, etc.

OTROS EFECTOS DE LA NORMA

Distribución de lo adquirido por los descendientes ulteriores

Entre los representantes no creemos que puedan plantearse dudas acerca de que la distribución ha de realizarse por partes iguales, si todos pertenecen al mismo grado, pues, en otro caso, tendrá lugar por stirpes, de modo que cada descendiente no herede más de lo que le hubiera correspondido a su ascendiente.

Esta posibilidad de coexistencia entre grados próximos y remotos exige tener resuelto el problema de si, fallecido con anterioridad el descendiente del descendiente no preterido, acreditan derecho de representación los descendientes dejados por aquél. Creemos que ello es así, y tal sentido lo expusimos con anterioridad, porque éstos gozan de consolidados derechos legitimarios respecto del causante.

Cargas y obligaciones asumibles por los mismos

Sobre este punto entendemos que, por analogía con lo dispuesto en los artículos 780 y 986 del Código Civil, el representante estará sujeto a «las mismas cargas y condiciones impuestas» al representado. Al fin y al cabo los efectos de esta llamada representación son los mismos, en el fondo, que los de una sustitución vulgar, en este caso de origen legal, basada en la voluntad presunta del testador, aunque no abarque más que el supuesto de premoriencia. Y es que quien realmente llega a asumir el *status* de heredero es el representante y no el representado, por lo que de toda lógica es que aquél asuma, tanto el lado activo o de beneficio como el pasivo o de carga.

De esta asunción han de entenderse excluidas las cargas y condiciones meramente personales del instituido, o aquellas en que el testador haya dispuesto expresamente su voluntad contraria a la subrogación en ellas de ulteriores herederos (art. 780, *in fine*).

Obligación de colacionar

Los ulteriores descendientes, herederos efectivos, están obligados a colacionar, al amparo del artículo 1.038, todo lo que debiera colacionar el representado, más lo que ellos mismos hubiesen recibido del causante durante la vida de éste, con las excepciones que el propio precepto recoge.

Extensión personal

VATTIER (*ob. cit.*, pág. 289) señala, con acierto a nuestro juicio, que la representación especial que nos ocupa se extiende indefinidamente, de generación en generación, en la línea descendente, y que comprende a todos los descendientes por filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva plena.

Efectos del nombramiento de un sustituto vulgar

Se plantea REY PORTOLÉS (*loc. cit.*, pág. 358) el problema de qué sea lo que haya de suceder si el testador tiene en su testamento prevista una sustitución a favor de personas distintas de los descendientes del no preterido, y distingue el caso en que al ordenarse la sustitución existiese la estirpe del descendiente, para el que estima que estaremos ante un supuesto de preterición intencional de la estirpe, no pudiendo entonces aplicarse la norma del artículo 814, 3, separándolo de aquél en que al ordenarse dicha sustitución tal estirpe no existiese con potencialidad legitimaria, para el que entiende que se trataría de una preterición errónea.

Por nuestra parte, creemos que el problema planteado no llegará a ser nunca tal, pues si sobre la legítima no puede imponerse sustitución de ninguna especie (art. 813, párrafo segundo), la asignación testamentaria a un descendiente de esa porción no afectada de sustitución (aunque sí lo estuviese la parte de mejora y libre), provocará la aplicación respecto de sus descendientes del especial derecho de representación del artículo 814, 3, con la consecuencia de eliminar el fenómeno de la preterición.

El caso más significativo sería el del hijo único a quien el testador instituye heredero universal y lo sustituye para el supuesto de premo-riencia por un sobrino suyo.

Ante esta situación, procedería distinguir según la tesis de REY PORTOLÉS:

— Si no tenía, el hijo en cuestión, hijos o descendientes al momento de otorgarse el testamento, indudablemente sería un supuesto de preterición no intencional, por lo que habría de aplicarse la regla 1.^a del artículo 814 del Código Civil (preterición total, con su secuela, la anulación de todas las disposiciones de contenido patrimonial):

— Si, por el contrario, tenía ya descendencia cuando el testamento se otorgó (piénsese en el ológrafo y en la ignorancia del testador), una de dos:

a) O nos encontramos en el caso del párrafo 4.º del propio artículo 814 (los preteridos han muerto antes que el testador), con lo que el testamento surtirá todos sus efectos.

b) O fuera de aquel supuesto, es decir, todos o algunos de los preteridos han sobrevivido al testador, con lo cual la preterición parece haberse consumado. Ahora bien, surge aquí la cuestión acerca de cuál sería la regla aplicable, lo que supondría la previa calificación de la intencionalidad o no de la preterición, pues si se da lo primero la norma aplicable es la regla general (reducción de la institución de heredero antes que legados y demás); en cambio, si no hay intencionalidad, la norma aplicable sería la del número 1.º de la regla especial (anulación de todas las disposiciones de contenido patrimonial).

Pues bien, todo este razonamiento nos parece innecesario y superfluo porque no se ve razón alguna para excluir la aplicación del párrafo 3.º del artículo 814 del supuesto contemplado por REY PORTOLÉS.

A nuestro juicio, la especial situación motivada por la disposición testamentaria aludida debe ser resuelta contemplando los datos que la configuran y aplicando, en consecuencia, las reglas que le sean de razón.

En nuestro singular supuesto es posible descubrir dos reveladores elementos: la existencia de un legitimario inmediato que no ha sido preterido (instituido aunque con sustitución vulgar) y la premoriencia de tal legitimario al testador dejando hijos o descendientes. Se dan, pues, los presupuestos básicos de aplicación del artículo 814, 3, y, por ello, los ulteriores descendientes «no pueden considerarse preteridos» (existiesen o no al ordenarse el testamento).

Pero junto a tales elementos coexiste otro: el de la sustitución vulgar, cuya introducción en el caso abre una doble opción:

1.º La sustitución tiene efecto en todo lo posible, actuando en el resto el artículo 814, 3, y, en consecuencia, los ulteriores descendientes percibirán los tercios de legítima y mejora, debiendo el tercio libre pasar a los sustitutos vulgares designados. Se cumple así el artículo 814, 3, y la disposición prevenida en su último párrafo, conforme al cual «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador».

2.º Hacer primar, tesis que suscribimos, el singular derecho de representación del artículo 814, 3, sobre la sustitución vulgar ordenada, de tal modo que aquellos descendientes recibirían la totalidad de la herencia. La esencia de ese especial derecho de representación reside, como decíamos al principio, en su extensión a la integridad de lo que habría que recibir el representado, en la ocupación por sus descendien-

tes del lugar de aquél como si directamente hubieran sido los llamados, y, en fin, en no considerarse preteridos. Es como si la premoriencia no se hubiese producido.

Sin embargo, será posible estimar la aplicación preferente de la sustitución vulgar cuando tal sea la voluntad del causante, expresa o tácitamente manifestada.

En efecto, si el testador prevé que, a pesar de la premoriencia del instituido dejando descendientes, valga la sustitución en cuanto al tercio de libre disposición, nada habrá que objetar al cumplimiento exacto de su voluntad.

Del mismo modo, si por la vía de la interpretación (art. 675 CC) de aquella voluntad, puede deducirse que tal fue la intención del testador, tampoco hay inconveniente que oponer a la validez y eficacia de la sustitución vulgar, circunscrita, claro es, al tercio libre. Tales serían, atendidos los términos del testamento, los supuestos en que el testador limitase la sustitución al tercio libre, y aquellos otros en los que, conociendo la existencia de la stirpe, ordenase dicha sustitución.

Carácter «iuris et de iure» de la presunción de no intencionalidad y de la voluntad de sustituir

A lo largo de este estudio hemos dicho con reiteración que, seguramente el artículo 814, en el párrafo motivo del mismo, se basa en la voluntad presunta del causante que no omitió en su testamento al descendiente, en su calidad de heredero forzoso, que, sin embargo, le premurió. La ley determina sus especiales reglas impulsada por la idea de que el testador no tuvo nunca la voluntad de preterir a la stirpe.

Pero ¿acaso puede alegarse y probarse que el testador abrigó esa intención? Nos inclinamos por la respuesta negativa, tal y como puede deducirse de la propia dicción del precepto en la que el legislador no se limita a dejar establecida una presunción, sino que, más decididamente, sienta una afirmación indestructible («no se consideran preteridos»).

Es posible que un ejemplo sea lo suficientemente significativo. Si el testador, sano, fuerte y aún joven, sabe que su hijo padece una enfermedad incurable y que su muerte es cosa de días, y, a pesar de ello, otorga testamento antes de ocurrir ésta y no lo modifica una vez producida, una de dos: o deja a su descendiente —representado— más de lo que por legítima corta le corresponde o solamente ésta. En el primer caso, los descendientes de aquél —representantes— percibirán más de lo que estrictamente les reserva la ley. En el segundo, el *minimum* establecido por la misma. En definitiva, allí salen beneficiados y aquí no

salen perjudicados. No puede decirse que el testador quiso preterir, pues a su alcance tenía medios más que suficientes para no tener que acudir a inútiles rodeos, propios de mentes enfermizas, con el fin de no dejar más que lo indispensable a cualesquiera herederos forzosos.

Nuestro Código Civil predetermina una interpretación de la voluntad del causante, inductora de un doble efecto: no hay voluntad de preterir y, en consecuencia, como apunta REY PORTOLÉS (*loc. cit.*, pág. 357), hay voluntad de sustituir. Dos presunciones de conducta que nunca podrán verse afectadas por la siempre dudosa y perturbadora prueba en contra.

JOAQUÍN LANZAS GALVACHE

y

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ

Registradores de la Propiedad

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

1. *Convenio sobre acceso internacional a la justicia.*—En el *Boletín Oficial del Estado* del día 30 de marzo se publica el Instrumento de ratificación de España al Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la Justicia, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

En el artículo 1.º se dice:

«Los nacionales de un Estado contratante, así como las personas que tengan residencia habitual en un Estado contratante, tendrán derecho a disfrutar de asistencia judicial en materia civil y comercial en cada uno de los Estados contratantes en las mismas condiciones que si ellos mismos fuesen nacionales de ese Estado y residiesen en él habitualmente.

Las personas a quienes no se apliquen las disposiciones del párrafo anterior, pero que hayan tenido su residencia habitual en un Estado contratante en el cual se haya iniciado, o se vaya a iniciar, un procedimiento judicial tendrán sin embargo derecho a disfrutar de asistencia judicial en las condiciones previstas en el párrafo anterior, si la causa de la acción tuviese su origen en esa residencia habitual anterior.

En los Estados en que exista la asistencia judicial en materia administrativa, social o fiscal, se aplicarán las disposiciones del presente artículo a los asuntos presentados ante los Tribunales competentes en esas materias.»

En el Instrumento se aclara que la Autoridad central encargada de recibir y transmitir las solicitudes de asistencia judicial a efectos de este Convenio será la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

2. *Organismo de Garantía de Inversiones.*—La Ley 3/1988, de 4 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 9 siguiente, autoriza la participación de España en el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones. Se dice en su preámbulo que España inició en 1958 su proceso de ingreso en las instituciones internacionales dedica-

das a la financiación del desarrollo, al acceder como miembro al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Más tarde, en 1960, ingresó como miembro fundador en la Asociación Internacional de Fomento y en la Corporación Financiera Internacional, instituciones que integran junto con el propio Banco el llamado Grupo del Banco Mundial. Ulteriormente, España ingresó en 1974 en el Fondo Africano de Desarrollo, en 1976 en el Banco Interamericano de Desarrollo, en 1984 en el Banco Africano de Desarrollo y en 1986 en el Banco Asiático de Desarrollo y en la Corporación Interamericana de Inversiones.

La creación del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, adscrito al Grupo del Banco Mundial, brinda una oportunidad a España para que sus inversores en países en desarrollo encuentren adecuada cobertura frente a los riesgos políticos asociados a estas iniciativas. Por otra parte, la incorporación al Organismo permitirá completar la presencia de España en la práctica totalidad de las instituciones multilaterales de carácter financiero vinculadas al desarrollo.

En consecuencia, se autoriza la ratificación del Convenio constitutivo de dicho Organismo, cuyo texto también se publica como anejo de la Ley.

3. *Valor del ECU para contratos del Estado.*—El *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 9 de diciembre de 1987 publica el Acuerdo de la Comisión (87/C-330/04), en el que se establece que el importe de 140.000 ECUs, mencionado en el artículo 3.º de la Directiva 80/767/CEE será sustituido por 130.000 ECUs para el período comprendido entre el 16 de febrero y el 31 de diciembre de 1988, aclarando que dicho importe se aplicará, para el mismo período, en el caso de los contratos cubiertos por el Acuerdo relativo a los contratos públicos. En el citado *Diario Oficial* de 30 de enero de 1988 se rectifica la fecha de 16 de febrero sustituyéndola por la de 14 de febrero.

Resulta necesario, por tanto, *hacer uso de las autorizaciones contenidas en las Leyes de Presupuestos de 1987 y 1988, con la finalidad de mantener vigente la adaptación de la legislación de contratos del Estado a las disposiciones comunitarias sobre contratos públicos* y, en consecuencia, de no hacer recaer sobre los órganos de contratación obligaciones formales de publicidad distintas a las que pesan sobre los órganos de contratación del resto de los países comunitarios.

Por ello, el Real Decreto 317/1988, de 30 de marzo, que se publica en el *Boletín Oficial del Estado* de 11 de abril, dispone en su artículo único: «El importe de 140.000 unidades de cuenta europeas (ECUs) que figura en el artículo 84 de la vigente Ley de Contratos del Estado será

sustituido por 130.000 para el período comprendido entre el 14 de febrero y el 31 de diciembre de 1988.

4. *Directiva sobre créditos al consumo.*—La Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, procura la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de créditos al consumo.

Excluye expresamente los siguientes contratos:

a) Los de créditos destinados a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o en proyecto y los destinados a la renovación o mejora de inmuebles.

b) Los contratos de arrendamiento, excepto cuando éstos prevean que el título de propiedad pase en última instancia al arrendatario.

También se declaran inaplicables sus artículos a los contratos de crédito o promesa de crédito con garantía de hipoteca inmobiliaria.

Teniendo en cuenta estas exclusiones, que claramente delimitan el ámbito de la Directiva, ésta señala como normas que conviene destacar las siguientes:

Artículo 4

1. Los contratos de crédito se harán por escrito. El consumidor recibirá una copia del contrato escrito.

2. El contrato escrito incluirá:

a) La indicación del porcentaje anual de cargas financieras.

b) La indicación de las condiciones en las que podrá modificarse el porcentaje anual de cargas financieras.

Cuando no sea posible indicar dicho porcentaje anual de cargas financieras, el consumidor recibirá la información pertinente en el contrato escrito. Esta información contendrá, como mínimo, la información prevista en el segundo guión del apartado 1 del artículo 6.

3. El contrato escrito incluirá, además, las demás condiciones esenciales del contrato.

Artículo 6

Cuando exista un contrato entre una entidad de crédito o una entidad financiera y un consumidor para la concesión de un crédito en forma de anticipos en cuenta corriente que no sea una cuenta de tarjeta de crédito, el consumidor deberá ser informado, en el momento de la celebración del contrato, o con anterioridad:

- Del límite del crédito, si lo hubiere.
- Del tipo de interés anual y de los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato y de las condiciones en las que podrán modificarse.
- Del procedimiento para la rescisión del contrato.

Esta información será confirmada por escrito.

2. Además, mientras dure el contrato, el consumidor será informado de cualquier cambio que se produzca en el tipo de interés o en los gastos pertinentes en el momento en que se produzca. Se facilitará esta información en un extracto de cuenta o de cualquier otra manera aceptable para los Estados miembros.

3. En los Estados miembros en los que se permita la existencia de descubiertos aceptados tácitamente, el consumidor deberá ser informado del tipo de interés anual y de los posibles gastos a su cargo, así como de todas las modificaciones de los mismos cuando dicho descubierto se prolongue más allá de un periodo de tres meses.

C) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Durante los meses de marzo y abril no ha publicado el *Boletín Oficial del Estado* normas legales que se refieran a materias de Derecho privado de modo directo.

Señalemos otras que puedan tener contenido jurídico, aunque no sea inmobiliario:

— Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. Sobre esta misma materia, la Ley 5/1988, de 24 de marzo, creando la Fiscalía Especial para la prevención y represión de dicho tráfico.

— Ley 6/1988, de 5 de abril, por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, refundiendo los distintos que existían en cada uno de los Ejércitos de Tierra y Aire y la Armada. La Ley 9/1988, de 21 de abril, regula la planta y organización territorial de la Jurisdicción Militar.

— Y la Ley 7/1988, de 5 de abril, regula el funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

1. *Ley de Aguas de Canarias*.—En el *Boletín Oficial del Estado* del día 7 de marzo se publica una Ley del Parlamento de Canarias por

la que se aplaza la entrada en vigor de la Ley regional de 5 de mayo de 1987, razonándolo en la existencia de un recurso ante el Tribunal Constitucional contra la calificación del dominio público interpuesto contra la Ley nacional de Aguas 29/1985, de 2 de agosto.

2. *Ley de Asociaciones Vascas*.—Se publica en el *Boletín Oficial del País Vasco* de 1 de marzo y tiene fecha de 19 de febrero. Tiene por objeto la regulación de las Asociaciones de competencia de esta Comunidad, pero sus normas son simple repetición paralela de la normativa nacional, aunque se dice que se trata de modernizarla.

3. *Ley de Presupuestos para 1988 de la Comunidad Valenciana*.—Es interesante en cuanto incluye una disposición adicional sobre la transmisión del patrimonio de promoción pública al Instituto Valenciano de la Vivienda.

4. *Modificación del Derecho Civil Foral Vasco*.—La Ley autonómica de 18 de marzo de 1988 hace una modificación que se comprende en los dos siguientes artículos:

Artículo 1.º El régimen económico del matrimonio será el que libremente convengan los cónyuges en capitulaciones matrimoniales otorgadas antes o después de su celebración.

En su defecto, y a falta de contrato sobre el régimen de bienes, el matrimonio se entenderá contraído bajo el régimen de comunicación foral de bienes, en los términos y condiciones establecidos en la legislación foral vigente.

En ambos supuestos el régimen económico del matrimonio podrá ser modificado por mutuo acuerdo por los cónyuges mediante capitulaciones matrimoniales.

Art. 2.º A efectos sucesorios se establece la igualdad de los hijos, independientemente de su procedencia matrimonial o extramatrimonial.

Esta equiparación no alcanza ni afecta a la regulación que en materia de reservas se halla actualmente vigente.

5. *Ley aragonesa sobre hijos adoptivos*.—Tiene fecha de 25 de abril y la publica el *Boletín Oficial de Aragón* el día 29 siguiente. Equipara los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza, en dos artículos que dicen los siguiente:

Artículo 1.º El capítulo II del título III del libro primero de la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón queda redactado como sigue:

«CAPITULO II
De los hijos adoptivos

Artículo 19. 1. Los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza.

2. Siempre que la legislación civil aragonesa utilice expresiones como «hijos y descendientes» o similares, en ellas se entenderán comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes.»

Art. 2.º En tanto las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia sobre adopción, en la Comunidad Autónoma será de aplicación la normativa del Código Civil y demás leyes generales del Estado en la materia.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—Continúa el ciclo de conferencias conmemorativas del centenario del Código Civil, de cuyo comienzo dimos noticia en nuestro anterior número.

El día 14 de marzo, don Rafael Alvarez Vigaray, Catedrático de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid, disertó sobre el tema «Proyectos del Código Civil en la primera mitad del siglo XIX».

Y el 25 de abril lo hizo don José María Castán Vázquez, el cual desarrolló el tema «El Proyecto del Código Civil de 1851 y su influencia en las codificaciones iberoamericanas».

2. *Colegio Universitario San Pablo.*—El Centro de Estudios Universitarios (CEU) ha organizado en el citado Colegio Universitario de Madrid, durante el mes de marzo, un ciclo sobre el tema genérico «La integración de España en las Comunidades Económicas Europeas. Aspectos jurídicos».

Las conferencias corrieron a cargo de profesores universitarios que además reúnen la condición de diputados del Parlamento Europeo y, por ello, perfectamente documentados sobre los puntos que se trataron, y que fueron los siguientes:

- «Los problemas políticos de la Unión Europea», por don MANUEL FRAGA IRIBARNE, Catedrático de Derecho Político.
- «Sistema Jurídico de las CEE», por don MANUEL GARCÍA AMIGO, Catedrático de Derecho Civil.
- «Cuestiones de seguridad europea», por don MANUEL MEDINA ORTEGA, Catedrático de Derecho Internacional.

- «Crisis financiera de la CEE», por don RAFAEL CALVO ORTEGA, Catedrático de Derecho Financiero.
- «Política social de la CEE», por don FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho del Trabajo.

3. *Academia Matritense del Notariado*.—El 21 de abril, en el salón de actos del Colegio Notarial de Madrid, desarrolló una conferencia sobre «Las fuentes de las obligaciones en la actualidad», el Catedrático de Derecho Civil don PABLO BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS.

4. *Seminario sobre extranjería*.—Durante el mes de abril y organizado por el Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria ha tenido lugar un seminario sobre la nueva regulación del Derecho de Extranjería, cuyos temas y conferencias han sido los que siguen:

- «Planteamiento general sobre la Ley Orgánica de Extranjería», por don JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALTAYUD, Registrador de la Propiedad de Barcelona, autor de la obra *Estudios sobre extranjería*.
- «Interpretación jurisprudencial y constitucional de la Ley de Extranjería», por don JOSÉ MATEO DÍEZ, Presidente de la Audiencia Territorial de Canarias.
- «La aplicación práctica de la Ley de Extranjería», por don ELIGIO HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma Canaria.
- «Entrada y establecimiento de extranjeros en España», con especial referencia al Archipiélago Canario, por don MANUEL PÉREZ RODRÍGUEZ, Doctor en Derecho Internacional Privado.
- «Principios fundamentales, derechos y libertades recogidos en la Ley de Extranjería», por don ADOLFO CARRETERO PÉREZ, Presidente de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

5. *Jornadas de Derecho Urbanístico*.—El Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial en Granada del Instituto Nacional de Administración Pública, ha organizado las V Jornadas de Derecho Urbanístico de la Costa del Sol, a las que se ha conferido carácter nacional, teniendo en cuenta su contenido y finalidad.

Se han desarrollado en Nerja (Málaga) en los días 10 al 12 de marzo con gran número de asistentes, especialmente funcionarios de las Corporaciones Locales que normalmente trabajan en puestos y funciones relacionados de modo especial con los temas objeto de tales jornadas.

JURISPRUDENCIA

I Sentencias del Tribunal Constitucional.

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 2 de julio de 1987.*—TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—Se extiende al derecho a recurrir contra las resoluciones judiciales por las partes que resulten perjudicadas, que pueden impugnarlas en forma.—Sala Segunda—Recurso de amparo número 814/1986.—(BOE, 28 de julio).—Ponente: Sr. De la Vega Benayas.

Hechos.—Según resulta de la demanda y de los antecedentes remitidos por los órganos judiciales, la hoy recurrente en amparo fue demandada en un proceso arrendaticio como cesionaria de un traspaso inconstituido, junto con la cedente arrendataria. Compareció y se defendió ante el Juzgado de Primera Instancia, oponiéndose a la demanda de la arrendadora, que ejercitó la acción resolutoria de contrato de arrendamiento de local de negocio por traspaso o cesión ilegal. Recayó sentencia en dicho juicio, dándose por resuelto el contrato, y contra la misma, además de la cedente, interpuso la cesionaria el pertinente recurso de apelación el día 16 de octubre de 1985, que se tuvo por admitido, en ambos efectos, en Providencia de 11 de noviembre, ordenándose la remisión de los autos a la Audiencia, previo emplazamiento de las partes, realizado (por consiguiente a la aquí recurrente) al siguiente día 12 de noviembre de 1985.

Dicha parte, debidamente emplazada, por término de quince días, comparece ante la Audiencia mediante escrito de 26 de noviembre de 1985, solicitando ser tenida por comparecida y parte en el recurso. Este escrito se presentó en la oficina de reparto de la Audiencia Territorial, donde permaneció, al parecer esperando la llegada de los autos del Juzgado de origen para remitir todo a la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia, competente en el asunto. No ocurrió así, por causas que se desconocen, con el escrito de personación de 26 de noviembre. Entretanto remitidos los autos a la Sala Tercera por ésta, sin conocimiento de aquel escrito, después de los trámites pertinentes en relación con las partes comparecidas (dueña y cedente) procedió al señalamiento de vista, dictando Sentencia el 30 de mayo de 1986 con estimación de la demanda. Conocido esto por la demandada, aquí recurrente, se dirigió escrito en 13 de junio de 1986 a la Audiencia, alegando que compareció en su día (26 de noviembre de 1985), que tenía noticia de que los autos fueron repartidos a la Sala Tercera, que ésta había celebrado vista el 13 de mayo de 1986 e interesando que

se remitiera a la Sala aquel escrito de 26 de noviembre de 1985. Al escrito de 13 de junio de 1986 citado recayó Providencia de la Sala en 17 de junio, teniéndolo por recibido y ordenando, «dado el estado que mantiene el rollo de apelación», que se notificase la Sentencia ya recaída de 13 de mayo.

Fallo.—El Tribunal Constitucional concede el amparo solicitado y anula la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, retrotrayendo las actuaciones al estado procesal adecuado para que la recurrente se pueda personar en el trámite de la apelación, en virtud de los siguientes

Fundamentos jurídicos.—2. Es doctrina reiteradísima de este Tribunal que *la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24, 1.º, de la CE se extiende al derecho al recurso o recursos que las leyes establecen contra las resoluciones judiciales, a favor de la parte o partes que, con interés legítimo y entendiendo que su derecho ha sido desconocido o limitado, las impugnen en forma. El recurso constituye así una persecución del proceso y, al tiempo, una revisión del mismo por un órgano superior, que ha de decidir conforme a lo alegado críticamente por las partes, oídas contradictoriamente. Los principios de contradicción y audiencia bilateral permanecen, pues, vivos, integrando la tutela judicial efectiva. Sólo la incomparecencia, por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable, justificaria la resolución judicial «inaudita pars».*

3. En el caso del proceso judicial civil que motiva este recurso de amparo, no puede dudarse de la condición de parte que en aquél tuvo la ahora aquí recurrente. Se trataba de un juicio de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por causa de cesión o traspaso ilegal. Ciertamente no es preciso, porque la Ley no lo impone (a diferencia del juicio por causa de subarriendo de vivienda —artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos—), demandar al cesionario del local, adquirente por traspaso, bastando con traer a juicio al cedente o arrendatario que cede o traspasa el local, quizá entendiéndose la Ley que el cesionario es un tercero totalmente extraño mientras las estrictas formalidades de traspaso (escritura pública y otras) no se cumplan, es decir, tercero ajeno a la relación jurídica del contrato.

Pero en este caso, por la voluntad de la arrendadora, fue llamada la cesionaria al proceso y en él actuó y se defendió en Primera Instancia. Tenida, pues, por parte ostentaba el derecho procesal a ser considerada así en el proceso y en las sucesivas instancias, con sus derechos anejos, el fundamental el de sostener en la vista de la apelación sus pretensiones impugnatorias, a ser oída y a que se decidiera el asunto congruentemente en la sentencia.

Esto es particularmente importante en el recurso de apelación que la Ley regula. Como bien recuerda el Ministerio Fiscal, este recurso es parco en su regulación y en el escrito de la parte que apela no es preceptivo fundamentar el recurso (basta la voluntad o su manifestación de recurrir), y es en el acto de la vista oral y pública donde se explicitan las razones y pedimentos sobre el fondo, y es entonces cuando los conoce el Tribunal que revisa la sentencia de Instancia. *La supresión de tal trámite, la no audiencia injustificada de la parte, es evidente, por tanto, que ha de causar su indefensión porque se le ha privado de exponer, de pedir y de obtener la respuesta judicial adecuada. Ese es su reflejo y relevancia constitucional y ésa es la causa de que, si así ocurre, pueda darse la vulneración del artículo 24, 1.º, de la CE, que el recurso de amparo cita como infringido.*

4. No es tarea de este Tribunal calificar y valorar las circunstancias

que motivaron que el Tribunal de apelación, en funciones propias y exclusivas de jurisdicción, no conociera a tiempo el escrito de personación de la parte y el sostenimiento de su recurso, con su derecho anejo a participar en la vista del mismo. De los antecedentes resulta que al Tribunal, como tal Tribunal *strictu sensu*, no le puede ser reprochada la falta, sino a la Oficina judicial de reparto, órgano gubernativo. Pero en tanto en cuanto éste se integra en la organización judicial, al Tribunal o Audiencia *latu sensu* habrá que referir el reproche y, en definitiva, al órgano judicial al que se refiere la LOTC. En todo caso, como dice el Fiscal, habrá que calificarla, desde esta perspectiva, y desde la de la recurrente, como una *causa objetiva ajena a dicha parte, no imputable a ella, pero que ha causado también objetivamente la indefensión que se denuncia*.

F. C. D.

2. *Sentencia de 14 de octubre de 1987.—FILIACION NO MATRIMONIAL.—Derechos hereditarios de los hijos nacidos después de promulgarse la Constitución, pero antes de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en la que, modificando el Código Civil, se igualan tales derechos para todos los hijos sin distinción.—Pleno.—Cuestión de inconstitucionalidad número 485/1985. (BOE, 12 de noviembre).—Ponente: Sr. Rubio Llorente.*

Hechos.—1. Don Andrés Avelino Suárez Barrio formuló, con fecha 2 de marzo de 1984, demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia de Mieres, dirigida frente a los herederos de don Fernando Suárez Fueyo y doña Consuelo Lorenzo Montes, pidiendo se declarase nula la institución de herederos y el testamento otorgado por los citados causantes y que se declarase al actor y a todos los demandados, por iguales partes, herederos de aquéllos, pedimentos que, en lo sustancial, se fundamentaron en el hecho de ser el demandante heredero forzoso de los testadores (arts. 807, 925 y concordantes del Código Civil), como nieto de los mismos y ello pese a ser hijo natural o extramatrimonial de un hijo legítimo premuerto, aduciendo al efecto, entre otras razones, que lo contrario supondría discriminar y negar la condición de heredero por razón de filiación, con vulneración de lo prevenido en el artículo 14 de la Constitución. Tras la contestación a la demanda —trámite en el que, entre otras razones, se adujo que era de aplicación lo prevenido en la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de conformidad con la cual las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor dicha Ley se regirían por la legislación anterior—, y luego de seguirse las demás actuaciones del juicio, se adoptó, dentro del plazo para dictar sentencia, Providencia de 22 de febrero de 1985, mediante la cual indicó el Juzgador ante las partes que «ha lugar a promover cuestión de inconstitucionalidad al amparo de lo previsto en los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional respecto de la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de noviembre (...), por si pudiera infringir el artículo 14 de la Constitución», otorgando al efecto plazo de alegaciones a las partes y al Ministerio Fiscal. En dicho trámite, alegó la representación actora que, sin oponerse a la promoción de la cuestión, a su juicio, el adecuado fallo del litigio no dependía necesariamente del problema de constitucionalidad suscitado, considerando, por su parte, la

representación de los demandados no ser pertinente el planteamiento de la cuestión, por no estar acreditada en autos la filiación del actor y porque, en todo caso, la aplicación de la legislación anterior a la Ley 11/1981, no ocasionaría, en el presente caso, vulneración del principio de igualdad. Por su parte, el Ministerio Fiscal entendió que no procedía promover la cuestión, por no ser la disposición transitoria octava de la citada Ley 11/1981 norma directamente aplicable, debiendo el Juez entender derogada la legislación preconstitucional en aquello en que la misma se opusiera a la Constitución y fallar según los preceptos constitucionales.

2. Mediante Auto de 13 de mayo de 1985, promovió cuestión de inconstitucionalidad el Juzgado de Primera Instancia de Mieres respecto a la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de noviembre, en la medida en que no contempla dicha norma las sucesiones abiertas durante la vigencia del Texto constitucional hasta la fecha de la citada Ley. En esta resolución se precisó que la norma de Derecho intertemporal cuestionada era aplicable en el juicio, condicionando su constitucionalidad o inconstitucionalidad al fallo que hubiera de dictarse. Se argumentó la posible contradicción con la Constitución del precepto cuestionado, observando que en el mismo no se habla de sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución (como fue el caso de doña Consuelo Lorenzo Montes, fallecida en noviembre de 1978), sino que habla de sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la citada Ley 11/1981, aun cuando el fallecimiento del causante se hubiera producido —como en el caso de don Fernando Suárez Fueyo— con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Ello podría introducir una diferencia en orden al reconocimiento de derechos sucesorios para el actor, según se tratase de la herencia de uno u otro de sus abuelos y en virtud de la anterioridad o posterioridad de la fecha de su fallecimiento a la de entrada en vigor de la Constitución, lo que conlleva una discriminación por razón de filiación y consecuencias absurdas para los derechos del demandante respecto de una y otra herencia. Además, por otro lado, la disposición transitoria octava que se cuestiona contravendría lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, pues vendría a imponer la aplicación, en todo caso, de las normas anteriores a la adopción de dicha Ley, con la consecuencia de que no habría lugar a reconocer los derechos hereditarios pretendidos respecto de ninguno de los dos ascendientes del actor, al haber fallecido ambos antes de 1981.

Fallo.—Aunque formalmente el Tribunal Constitucional parece rechazar la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por el Juzgado de Mieres, en realidad la acepta, ya que dice que el Derecho aplicable sería el Código Civil, pero sus normas estarían en contradicción con la Constitución, pues ésta derogó con su promulgación toda norma que supusiera discriminación. Así se explica en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—*Segundo.* En su disposición transitoria octava prescribe la Ley 11/1981 (de «Modificación del Código Civil en materia de filiación, para patria potestad y régimen económico del matrimonio») que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas después, por la nueva legislación». Formalmente es ésta una regla de remisión cuyo contenido se reduce, como es patente, a la determinación de la normativa aplicable a las sucesiones abiertas antes de la modificación de régimen sucesorio que la propia Ley opera. Como norma sobre la aplicación del Derecho esta dispo-

sición transitoria no es en sí misma, por tanto, regla «aplicable» en el procedimiento del que la cuestión procede y no puede negarse por ello algún fundamento a la advertencia del Letrado del Estado de que la decisión del proceso que está en la base del presente vendrá condicionada por la conformidad o disconformidad con la Constitución de las disposiciones legales a las que la cuestionada se remite, y no por el contenido de la regla de Derecho transitorio.

La anterior consideración no puede llevar, sin embargo, a la inadmisión de la cuestión. En el auto por el que ésta se suscita, se dice, en efecto, que la disposición transitoria controvertida, «en cuanto determinante de la legislación aplicable, condiciona el fallo que haya de dictarse», resultando así claro que, para el órgano judicial, la «legislación», de este modo aplicable por remisión —legislación preconstitucional—, no se acomodaría, en el punto que al proceso interesa, a lo dispuesto en el artículo 14 de la Norma fundamental, precepto éste expresamente invocado en el auto por el que la cuestión se ha promovido. Que el Juzgador no haya realizado por sí el contraste entre tales disposiciones anteriores a la Constitución y la norma de ésta que cita como contrariada por aquéllas —para concluir, en hipótesis, en su inaplicación—, se justifica, desde el entendimiento judicial del alcance de la disposición transitoria cuestionada, en la circunstancia de que esta última es norma de Ley posterior a la Constitución y sustraída, por tanto, al control que, sólo sobre las leyes preconstitucionales y en virtud del apartado tercero de la disposición derogatoria de la Constitución, pueden realizar los órganos de la jurisdicción ordinaria (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero, y 14/1981, de 29 de abril). El Juzgador —en otras palabras— cuestiona la legitimidad constitucional de la regla de Derecho transitorio sólo en la medida en la que esta disposición, según la entiende, le lleva a identificar como normas aplicables en el juicio del que conoce una legislación preconstitucional y, en su criterio, contraria a lo establecido en el artículo 14 de la Constitución. Y es justamente la condición de la disposición transitoria octava, como norma con fuerza de Ley adoptada por el legislador postconstitucional, la que —desde este planteamiento— parece haber llevado al órgano judicial, en el presente caso, a no efectuar por sí el enjuiciamiento de las disposiciones preconstitucionales objeto de aquella remisión, pues si bien es cierto que tales preceptos del Código Civil habrían quedado en la hipótesis de su contradicción con la Constitución derogados por ésta, no lo es menos que si se entiende que el legislador postconstitucional ha querido prolongar su vigencia hasta un momento posterior al de la entrada en vigor de la Constitución, el órgano judicial no podrá ya apreciar el efecto derogatorio de la Constitución y no tendrá otra vía que la de suscitar ante nosotros la cuestión de inconstitucionalidad.

De conformidad, pues, con su sentido objetivo, la presente cuestión de inconstitucionalidad se ha de entender planteada sobre el mandato que, a juicio del Juez proponente, contiene la repetida disposición transitoria octava de aplicar uno o más preceptos que, según este mismo juicio, pueden ser constitucionalmente admisibles.

El órgano judicial no cita expresamente —como hubiera sido, en rigor, procedente— cuáles sean estos preceptos, pero cabe identificarlos, sin equívoco, a la vista de las actuaciones remitidas. Examinadas éstas, es claro que *las dudas del Juez se centran en el apartado primero del artículo 807 del Código Civil, de conformidad con el cual eran herederos*

forzosos «los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos», girando en torno a la aplicabilidad de esta regla en el proceso las contrarias alegaciones de las partes. Esta disposición de Ley fue expresamente derogada por la Ley 11/1981, que da al apartado primero del citado artículo 807 una nueva redacción, en la que desaparece ya toda mención a la naturaleza de los vínculos de filiación y descendencia [«son herederos forzosos (...) los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes»]; pero esta derogación expresa no priva naturalmente de sentido a la controversia acerca de cuáles sean las reglas aplicables a las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la Constitución, pero antes de la fecha de promulgación de la Ley, reglas que, como es obvio, no se reducen a la contenida en el mencionado precepto, que no es sino parte de una compleja institución.

Tercero. A partir de una controversia de ese carácter se ha suscitado la presente cuestión y no cabe decir de la misma —considerado debidamente todo lo que antecede— que la duda de constitucionalidad se haya promovido sobre norma de Ley inaplicable en el proceso o de cuya validez no depende el fallo. Ocurre, más bien, que por la remisión del mandato legal cuestionado a una «legislación anterior», las dos condiciones de procedibilidad aludidas (aplicabilidad al caso de la disposición de Ley y condicionamiento del fallo por su validez) se presentan en cierto modo disociadas, como disociados están, según se ha dicho, los preceptos materiales de cuya constitucionalidad se duda (los contenidos en el art. 807, 1.º, del Código Civil y concordantes antes de su actual redacción) y la regla posterior que a él se remite (la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981).

No es así razón bastante para la inadmisión de la cuestión, reconocido ya su alcance, la circunstancia de que en el auto de remisión no se citen expresamente estos preceptos y sí sólo, como objeto de la duda de constitucionalidad, la disposición transitoria que a él remite (Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1984, de 23 de febrero, fundamento jurídico segundo). El interés objetivo al servicio del que existe la cuestión de inconstitucionalidad —la preservación de la sujeción de las disposiciones de Ley a la Constitución— impone no detener su curso en atención a rigorismos formales cuando, como en el presente caso, la duda de constitucionalidad es reconocible a la vista de lo que en el auto de remisión se dice en relación con lo que reflejan las actuaciones en el proceso *a quo*.

Establecido lo anterior, es evidente que la decisión de la cuestión exige determinar cuál sea el alcance que cabe atribuir a la disposición transitoria que directamente se cuestiona.

Cuarto. Si el sentido de la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981 fuera el que el Juzgado de Mieres le atribuye, la respuesta a su cuestión no ofrecería, en razón de lo ya dicho, graves dudas, pues *es claro que el legislador postconstitucional viola la Constitución si pretende mantener en vigor después de promulgada ésta, y aunque sea sólo por tiempo limitado, normas que chocan frontalmente con sus mandatos*. Esta atribución de sentido no es, desde luego, irrazonable, y buena prueba de ello la ofrece, entre otros, el hecho de que así fue también interpretado el precepto por la Audiencia Territorial de Madrid en la decisión casada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de febrero de 1986. Más aún, cabría pensar incluso que tal interpretación es la única posible, puesto que entendida la disposición transitoria de otro modo podría resultar superflua,

con lo que se iría en contra del principio hermenéutico que aconseja excluir toda interpretación que vacíe de sentido el mandato del legislador.

Esta apariencia de razonabilidad que, como antes señalábamos, justifica la admisión a trámite de la presente cuestión, no podrá llevar, sin embargo, de ser aceptada, a una pura declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la norma incriminada, pues el defecto que a la misma cabe achacar en virtud de su interpretación literal es, a su vez, un defecto sólo predicable respecto de determinadas aplicaciones de la norma cuestionada (las que hubieran de producirse con posterioridad a 29 de diciembre de 1978), no de todas ellas, con lo que el precepto no podría ser anulado, sino sólo interpretado en su alcance temporal.

Pero es que, además, tampoco el tenor literal de la tantas veces citada disposición se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la legislación anterior, *expresión que sólo puede entenderse referida a la legislación vigente y que, por tanto, no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, cambios que, como es claro, está facultado para apreciar por sí el Juez ordinario, como ha hecho el Tribunal Supremo en la sentencia ya citada.* Esta interpretación, de acuerdo con la cual la remisión de la disposición transitoria octava a la legislación anterior ha de entenderse referida al contenido de esta legislación en cada momento del tiempo, es, de otro lado, y más allá de las simples apariencias, la única lógicamente posible, de manera que ha de ser aceptada no sólo en aras del principio de conservación de la norma, sino también por exigencias de la lógica. *Limitar a los viejos preceptos del Código Civil, en su redacción anterior a la Constitución, la remisión contenida en la disposición transitoria, equivaldría, en efecto, a sostener que esos preceptos, que los Jueces pudieron y debieron inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la Constitución, en cuanto hubieran resultado derogados por ésta, habrían recobrado su vigor por mandato del mismo legislador que los derogaba expresamente para acomodar el régimen sucesorio a la Constitución y servir al principio de seguridad jurídica que ésta (art. 9, 3.º) consagra.*

Como, según indicábamos en el fundamento segundo de esta sentencia, *la inconstitucionalidad de la norma cuestionada era una inconstitucionalidad «per relationem», por remitir ésta a un derecho material cuya compatibilidad con la Constitución es «prima facie» harto dudosa, al quedar rota, en virtud de lo dicho, la relación entre ambos preceptos, desaparece el defecto que se imputaba a la norma de remisión que, entendida de acuerdo con su propio tenor como remisión a toda la legislación anterior, de la que en sentido lato forma parte también la Norma constitucional, no puede ser juzgada contraria a la Constitución, ni en lo que se refiere a las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de ésta, ni «a fortiori», en lo que toca a aquellas en las que la muerte del causante se produjo antes de ese momento.*

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR PEDRO AVILA ALVAREZ,
ANTONIO MORO SERRANO y
FERNANDO CANALS BRAGE

- *LOS LLAMAMIENTOS HEREDITARIOS A FAVOR DE «NONDUM CONCEPTI» SON POSIBLES EN NUESTRO ORDENAMIENTO, AUNQUE NO REVISTAN LA FORMA PREVISTA EN EL ARTICULO 781 DEL CODIGO CIVIL.*
- *LA CONDICIONALIDAD QUE AFECTA A UNA PARTE DE UN LEGADO PARCIARIO POR LA POSIBILIDAD DE CONCEPCION DE OTROS NIETOS, NO CONTAMINA LA HERENCIA NI MENOSCABA LA FACULTAD DE LOS COHEREDEROS Y COLEGATARIOS DE EXIGIR LA PARTICION.*
- *LA SOLUCION DE LOS ARTICULOS 801 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL DEBE SER APLICABLE AL SUPUESTO DE QUE (COMO EN EL PRESENTE) POR LLAMARSE A LOS NIETOS ACTUALES Y A LOS QUE PUEDAN SER CONCEBIDOS AL FALLECIMIENTO DEL HIJO CAUSANTE, NO SOLO DEPENDA DEL ACONTECIMIENTO FUTURO EL LLAMAMIENTO, SINO LA MISMA EXISTENCIA DEL SUJETO LLAMADO. Y, POR TANTO, LOS NIETOS YA EXISTENTES TIENEN LAS MISMAS FACULTADES PARTICIONALES QUE EL ADMINISTRADOR DEL AUSENTE, Y ENTRE ELLAS, LA DE CONSENTIR, CON INTERVENCION JUDICIAL, LA PARTICION, CON PLENA Y DEFINITIVA EFICACIA EN CUANTO A LOS DEMAS HEREDEROS Y LEGATARIOS.*
- *HA DE ASEGURARSE COMPETENTEMENTE (A JUICIO DEL JUEZ) EL DERECHO DE LOS POSIBLES NIETOS FUTUROS, Y HASTA SABERSE QUE NO HABRA MAS NIETOS, SE ENTENDERA QUE LAS ADJUDICACIONES ENTRE ESOS NIETOS YA EXISTENTES SON PROVISIONALES.*

(RESOLUCIÓN DE 29 DE ENERO DE 1988. «BOE» DE 16 DE FEBRERO).

A) *Antecedentes de hecho.*—Estos se hallan reflejados en el primero de los fundamentos de la resolución, que transcribo a continuación: Los causantes, marido y mujer, después de instituir herederos en el tercio de la legítima estricta a sus tres hijos, Francisca, José y Antonio, legan los dos tercios restantes por terceras e iguales partes a dos de sus hijos,

Francisca y José, y a los hijos de su otro hijo, Antonio, llamados María, Dolores y Antonio, los primeros por cabezas y los nietos por stirpes, aclarando los testadores «que si su hijo Antonio tuviese con posterioridad más descendientes tomarían parte de este legado, distribuyéndose en este caso la parte correspondiente a sus nietos entre los que resultasen al ocurrir su fallecimiento». Fallecidos los causantes, sus tres hijos y los nietos mencionados en el testamento verifican la partición de su herencia, aunque la adjudicación que a los nietos se hace «queda supeditada hasta que ocurra el fallecimiento del padre, don Antonio Olivares Cano, por si se diera el caso de que tuviera más descendencia con posterioridad».

B) *Nota del Registrador*.—Presentada la mencionada escritura en el Registro de la Propiedad de Villacarrillo, fue calificada con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción del precedente documento porque al legarse bienes a favor de los no concebidos, la inscripción a favor de los nacidos traería una diversidad de trato jurídico y económico entre los nietos existentes y los *nondum concepti* sólo por el hecho de nacer éstos con posterioridad a aquéllos. Estando dicho legado sujeto a condición habrá que esperar al no cumplimiento de ésta (art. 1.117 del Código Civil), es decir, al fallecimiento del heredero, don Antonio Olivares Cano, para practicar la división de la herencia, habiendo de ser puestos entre tanto los bienes en administración (arts. 801 al 805 del Código Civil), quedando mientras tanto sustraídos al tráfico jurídico. No se toma anotación preventiva por no ser procedente».—Villacarrillo, 31 de enero de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible.

C) *Recurso*.—El citado don José interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando sustancialmente lo siguiente:

1) El legado que se ordena a favor de los *nondum concepti* no es un legado condicional, sino un legado a término suspensivo, en que lo único condicionado es el *quantum*, el volumen de la cuota de los llamados al legado, que funcionará como condición suspensiva para los legatarios nacedores y como resolutoria para los existentes.

2) No son aplicables a este caso los artículos 801 a 805 del Código Civil, ya que los cuatro primeros se refieren a instituciones de herederos o legados cuyo llamamiento está sujeto a condición suspensiva, y en cuanto al 805, 2.º, porque junto al llamamiento a término suspensivo coexiste un llamamiento puro.

3) No existe prohibición expresa del testador para la división, por lo que no se está en el supuesto del artículo 1.051, *in fine*, del Código Civil, y el carácter condicional que el Registrador atribuye al legado obligaría a aplicar lo dispuesto en el artículo 1.054 del Código Civil.

4) La nota registral que sustrae los bienes hereditarios al tráfico jurídico en tanto no se cumpla la condición suspensiva, está implícitamente sancionando una prohibición de disponer no impuesta por el testador ni autorizada por disposición legal alguna.

5) No se da en este caso ni diversidad de trato jurídico entre nietos existentes y *nondum concepti*, ya que el tratamiento jurídico que se ha dado a éstos ha sido correcto y ajustado a Derecho, ni diferente trato económico, ya que en el potencial perjuicio de los nietos participarían también los beneficiarios del legado que intervienen en la partición (aparte de que para el caso de perjuicio económico, la Ley prevé la acción de rescisión por causa de lesión en más de la cuarta parte).

D) *Informe del Registrador.*—Este aduce en sustancia, en defensa de su nota, lo siguiente:

1) Que el testador nombra legatarios condicionalmente a los nacederos, puesto que sujetó su nombramiento al hecho futuro e incierto de que hubiera nietos aplicándoseles el artículo 758, 3.º, del Código Civil.

2) Que como efecto de las normas imperativas (arts. 801 a 805 del Código Civil) quedan sujetos los bienes de la herencia a administración, sustrayéndolos entre tanto al tráfico jurídico y provocando indirectamente una indivisibilidad de la herencia.

3) Que no puede tener acceso al Registro la escritura en que se adjudican bienes puramente a los herederos y legatarios sin hacer constar la condición a que están sujetas sus adquisiciones, pues se contradice el principio de especialidad.

E) *Informe del Notario autorizante.*—Para él, el legado es condicional y opera como condición resolutoria para los legatarios nacidos y como suspensiva para los nacederos, y por el artículo 1.054 del Código Civil es posible la formalización de la partición, que, según la Resolución de 27 de diciembre de 1982, será inscribible cuando se hayan hecho las oportunas reservas en favor del *concepturus* (en singular), como sucede en la escritura en cuestión. Con ello queda protegido el interés de los *concepturus* sin perjudicar el de los otros herederos, que quedarían gravísimamente lesionados con la indivisión total.

Por otra parte, los legatarios vivos y los *concepturus* tienen intereses convergentes, no contrapuestos, y, por tanto, el interés de ambos queda igualmente protegido, pudiendo, en todo caso, los *concepturus*, si llegan a nacer, ejercitar las acciones judiciales tendentes a la restitución de la integridad de su derecho, si creen que éste ha sido lesionado.

F) *Auto presidencial.*—El Presidente de la Audiencia Territorial de Granada revocó la nota del Registrador fundándose en el artículo 675 del Código Civil, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940 y 26 de noviembre de 1964, en la doctrina registral y en los argumentos aducidos por el recurrente.

G) *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 185, 186, 191, 192, 801, 804, 813, 1.051 y 1.054 del Código Civil, y 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1963 y 3 de abril de 1965, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1960 y 27 de diciembre de 1982, la Dirección General sienta la siguiente doctrina:

2. La interpretación de la cláusula debatida en su sentido literal y lógico muestra que la voluntad de los testadores fue la de que en la tercera parte del legado parciario tuvieran el carácter de legatarios todos los hijos de su hijo Antonio, tanto los que ya vivían al tiempo de otorgar los testamentos y que son designados nominativamente, como los que a partir de esa fecha pueda tener su citado hijo Antonio, habiendo, pues, de esperarse al fallecimiento de éste para concretar el número de los legatarios.

3. Mientras tanto, se produce una especial concurrencia de llamamientos en relación no con todo el legado parciario, sino sólo con la parte de él a que son llamados los nietos, pues junto a llamamientos puros que confirman en esa parte derechos desde el momento mismo del falleci-

miento del causante, si bien el alcance objetivo quede provisionalmente indeterminado, hay también llamamientos en favor de *nondum concepti*, los cuales, aunque por no revestir la forma prevista en el artículo 781, han de ser examinados con la máxima cautela, son posibles en nuestro ordenamiento, conforme al artículo 745, 1.º, en relación con los artículos 29, 30, 758, 781 y 785 del Código Civil, siempre que los favorecidos sean, como ahora ocurre, identificables.

4. El hecho de que la cotitularidad interna sobre una parte de un legado parciario esté pendiente de un acontecimiento futuro e incierto no puede tener, para toda la herencia, unas consecuencias tan perturbadoras como las que pretende en su nota el Registrador. Sobre ir tales consecuencias contra el principio de que ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia (cfr. art. 1.051, 1.º), van también contra el principio de intangibilidad de la legítima, pues la condición que al legado impone el testador tendría como efecto que —contra lo que prescriben los artículos 813 y 1.051 del Código Civil— el legitimario habría de sufrir la restricción de tener que soportar la indivisión de la herencia y no tendría otro derecho que el abstracto que le confiere su participación en el patrimonio hereditario común.

5. Deben, pues, interpretarse los preceptos de modo que la relativa indeterminación en que queda la cotitularidad interna de la parte de un legado parciario no contamine a toda la herencia, ni menoscabe la facultad de exigir la partición que corresponde a los que por exigencia de la Ley o por voluntad del testador tienen incondicionadas sus plenas facultades de heredero o de legatario. La provisionalidad a que se refiere el artículo 1.054 debe restringirse, pues, a las adjudicaciones que se hagan por la parte del legado parciario a los que son llamados los nietos. Los coherederos y los otros colegatarios del legado parciario pueden pedir, por su parte, incondicionadamente la partición.

6. Cuando cualquiera de los que están llamados incondicionalmente ejercita su facultad pura de exigir la partición se plantea el problema de quién está legitimado pasivamente por la parte a que afecta la condición (por porción legada a los nietos), a fin de poder consentir la partición legalmente exigida y evitar así el proceso de partición judicial.

Pues los nietos ya existentes son llamados de modo efectivo (son ya legatarios y lo único indeterminado es la cuantía en que lo son), pero no tienen plenas facultades en la medida en que pueden sobrevivir otros sujetos que concurren con ellos. Para los supuestos en que el legado está sujeto a condición suspensiva, tienen aplicación los artículos 801 y siguientes, y esta solución debe ser también la aplicable al presente supuesto, aunque no sólo dependa del acontecimiento futuro el llamamiento, sino la misma existencia del sujeto llamado. Por tanto, son los mismos nietos colegatarios ya existentes los que, conforme al artículo 802, tienen la administración del derecho de la parte legada a todos los nietos. Expresión de esta administración que debe entenderse en el amplio sentido que se desprende del artículo 804, es decir, que en el concepto de administradores o titulares interinos tienen incluso facultades dispositivas, como las que tienen los administradores de los bienes del ausente, de modo que aun sin contar con el consentimiento de los titulares preventivos —en el presente supuesto imposible— pueden realizarse actos dispositivos plenamente eficaces.

7. Así, pues, los nietos ya existentes tienen, respecto de la parte legada

a todos los nietos y en cuanto a la parte correspondiente a los posibles futuros nietos las mismas facultades particionales que tendría el administrador del ausente en cuanto a la cuota a que estuviere llamado el ausente, entre las que están, con la debida intervención judicial (cfr. arts. 185 y 186 del Código Civil y 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la de consentir la partición, con plena y definitiva eficacia por cuanto hace a los demás herederos y legatarios.

8. Por cuanto hace a la cuota legada a los nietos, los legatarios ya existentes —como lo son sin condición y lo único que ocurre es que su derecho disminuirá de sobrevivir nuevos nietos— pueden realizar la partición asegurando competentemente —a juicio del Juez (cfr. arts. 185, 2.º, y 804, y por analogía, arts. 1.901 y 191 del Código Civil)— el derecho de los posibles nietos futuros, y hasta saberse que ya no habrá más nietos, se entenderá que las adjudicaciones entre esos nietos son provisionales (confróntese art. 1.054).

H) *Resolución.*—La Dirección General resuelve:

Revocar parcialmente el auto apelado manteniendo la denegación de la inscripción, pero sólo por las razones que luego diremos.

COMENTARIO.—Ante la situación de hecho, tan breve como exactamente reflejada en el primer fundamento de la resolución, en seguida se plantean tres problemas, a saber:

1.º Examinando los llamamientos a favor de los *nondum concepti* fuera del cauce del artículo 781 (que no es aplicable aquí) con la máxima cautela (y luego se explicará el porqué de estas palabras), ¿puede admitirse el que se hace en el testamento base del caso que nos ocupa? O con más generalidad, ¿cabén aparte de los llamamientos fideicomisarios, los llamamientos directos a favor de los *nondum concepti*?

2.º Si se contesta afirmativamente la anterior interrogante, ¿será aplicable aquí el conocido principio de unanimidad en la partición y cómo, ya que el no concebido no tiene existencia ni, por tanto, representante, ni siquiera se sabe si llegará a tenerla?

3.º Resuelto lo anterior, ¿cómo se asegurará el derecho de esos *nondum concepti* a fin de que aquél no haya desaparecido cuando éstos vengan a la existencia y puedan reclamarlo por sus legítimos representantes? ¿Con la fórmula de la escritura o con alguna otra más elaborada y efectiva?

A) El primer problema no se lo plantean ni el Notario, ni el Registrador, ni el recurrente, pero la Dirección General lo tiene en cuenta (como lo prueba la cita de la sentencia del Tribunal Supremo que luego diremos y la declaración, no pedida, del fundamento 3). En otras ocasiones, la Dirección General se sale por la tangente (quito a esta expresión su posible matiz peyorativo) al presentarse al paso cuestiones no discutidas en el recurso, pero en esta resolución se cura en salud y plantea y resuelve el problema de los llamamientos en favor de los *nondum concepti*, y por ello he de ocuparme aquí de él.

Desde que en nuestra juventud (y perdónese la cita personal) leíamos entusiasmados el interesante trabajo de ROCA SASTRE: «Eficacia de los

llamamientos sucesorios a favor de los *nascituri*» (en *Revista del Derecho Privado*, 1946, págs. 313 y sigs.), hasta hoy ha llovido mucho y han evolucionado las ideas... y las conductas.

a) Decía el ilustre jurista: «Cuando el testador llama de una manera directa como herederos a los *nascituri*, sin retardar la delación sucesoria ni anteponerles persona alguna primera o preferentemente llamada a la propiedad o al usufructo de los bienes relictos, solamente serán eficaces los llamamientos de quienes existían (o, al menos, estaban concebidos) al tiempo de morir el testador», aunque reconocía la desigualdad irritante que con esto se producía entre los nacidos y los que nazcan después, viéndose éstos eliminados de la herencia por el simple hecho de haber nacido más tarde y quedando contrariado el deseo del causante de beneficiar a todos por igual.

b) Pero la doctrina posterior, en general, la jurisprudencia y hasta la legislación... periférica, se inclinan hoy por la solución contraria. Y ante el dilema que plantean al intérprete cláusulas como la que nos ocupa, de reconocer que la voluntad del testador puede crear tipos de vinculación de bienes (que quedan a la espera de su titular definitivo), en cuanto no rebasen los límites del artículo 781 del Código Civil, o declarar ineficaz esa voluntad por el vacío legislativo en esa materia, «la práctica española —dice mi maestro F. DE CASTRO (*Derecho civil de España*, reedición 1984, página 136 de la segunda parte)— se ha decidido por la primera, por estimarla más equitativa, por el valor concedido a la voluntad y por haber preceptos en el Código que lo presuponen o permiten, aunque ello sea a costa de la nitidez de los conceptos y origine ciertas dificultades técnicas».

c) La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las sentencias citadas en los vistos de la resolución que comento (y en contra de la Sentencia de 29 de noviembre de 1935) declara la validez de los llamamientos que nos ocupan. La primera de ellas, de 25 de abril de 1963, declara que «en nuestro Derecho positivo no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder *mortis causa* de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables o identificadas». Y la de 3 de abril de 1965 afirma que si bien el artículo 758 del Código Civil «ordena que se califique la capacidad del heredero al tiempo de la muerte del testador, contiene la salvedad de que en las instituciones condicionales se atienda además al en que se cumpla la condición y, en su consecuencia, si el no nacido ni concebido a la muerte del testador carece de capacidad para heredar sin llamamiento expreso, la obtiene si reúne tales caracteres al momento de cumplirse la condición».

d) En la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de los Registros en este punto hay una curiosa evolución:

- La de 22 de diciembre de 1950 empieza por recomendar que se examinen con máxima cautela (no que se rechacen) los llamamientos hereditarios hechos a favor de los *nascituri nundum concepti* directamente, es decir, fuera del cauce del artículo 781, pero proclama que el heredero ha de existir en el momento de apertura de la sucesión, aunque a continuación alude a los diversos expedientes empleados en los sistemas legislativos para atemperar el rigor de aquella regla, sin decidirse por ninguno de ellos.
- La de 19 de noviembre de 1960 sigue recomendando la misma cautela,

pero sin olvidar la regla general del ordenamiento jurídico de que la apertura de la sucesión es el momento en que debe apreciarse la capacidad del heredero.

- La de 27 de diciembre de 1982 es la que da el vuelco porque después de transcribir el considerando correspondiente de la de 19 de noviembre de 1960, con su recuerdo del momento en que debe apreciarse la capacidad del heredero, matiza, amparándose en la Sentencia de 25 de abril de 1963, la regla general antes sentada, «en el sentido de que en nuestro Derecho positivo, y en base al artículo 745, 1.º, en relación con los 29, 30 y 758, así como 781, 783 y 785, no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder *mortis causa* de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas».
- La que ahora nos ocupa, por último, viene a consumir la evolución, pues si bien sigue recomendando la máxima cautela, omite toda alusión a la capacidad (aunque cita el art. 758, refiriéndose, sin duda, al tercer párrafo) y declara paladinamente que los llamamientos directos (aunque no emplee esta palabra) de los *nondum concepti* son posibles en nuestro ordenamiento.

e) He hablado antes de la legislación periférica..., quiero decir autonómica: en efecto, la Compilación de Navarra, en su Ley 154, permite las disposiciones «a favor de los concebidos e incluso a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la muerte del testador».

Y la Compilación de Cataluña, si bien declara la ineficacia de los llamamientos de aquellos hijos o descendientes que al tiempo de deferirse la herencia no hayan nacido ni se hallen concebidos (art. 114), admite el legado a persona no nacida ni concebida al fallecimiento del testador considerando que existe condición suspensiva del legado (art. 218).

B) Al segundo problema planteado pueden presentarse tres soluciones más o menos viables:

1.ª Dado que por definición no pueden intervenir los no concebidos y no cabe la representación de personas futuras, es preciso aplazar la partición de la herencia mientras haya posibilidad de concepción de nuevos interesados en la herencia, es decir, en el caso presente hasta el fallecimiento del hijo del causante, puesto que al ocurrir este fallecimiento ya estarán nacidos o concebidos todos los posibles interesados. Esta solución, que, a mi juicio y con todos los respetos, equivale a matar moscas a cañonazos, es la ofrecida por el Registrador en la nota calificadora y confirmada en su informe. Quizá se entienda que con ella quedarían más salvaguardados los intereses de los *nondum concepti*, pero ni parece aceptable jurídicamente ni la considero conveniente económicamente por las siguientes razones, de las cuales las dos primeras se recogen en la resolución:

a) Se opone al principio (art. 1.051 del Código Civil) de que ningún heredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia (y a ello se obligaría a los hijos del causante que no tienen arte ni parte

en el problema) a menos que el testador lo ordene *expresamente*, orden que no se da en el caso que nos ocupa.

b) Viola también el principio de intangibilidad de la legítima (art. 813), ya que, en este caso, los herederos tienen el carácter de legitimarios del causante.

c) Dificulta o impide el tráfico de los bienes, ya que, como dice la resolución, los herederos no tendrían durante la indivisión otro derecho que el abstracto (bien poco apto para el tráfico), que les confiere su participación en el patrimonio hereditario común.

d) Puede producir perjuicios económicos a este patrimonio condenando a una administración conjunta de hijos y nietos, por falta de estímulo para prevenir daños y realizar mejoras y por los frecuentes litigios y cuestiones que origina cualquier indivisión. Bien que no se pueda dividir por defectos subjetivos la parte de los nietos, pero no se extienda la indivisión a la parte de los hijos.

2.º Como, según dice el Notario en su informe, los nietos vivos y los *concepturi* tienen intereses convergentes, no contrapuestos, y en todo caso, los últimos, si llegan a nacer, podrán ejercitar las acciones judiciales tendentes a la restitución de la integridad de su derecho si creen que se les ha perjudicado en la partición, ésta pueden practicarla los hijos con los nietos ya nacidos, sin intervención arbitral no vigilante alguna. En resumen: intereses convergente y posibilidad de reclamación judicial *a posteriori* son los argumentos a favor de esa solución (que es la seguida por los interesados). Veámoslos:

¿Intereses convergentes? Sí, pero se olvida que los nietos pueden:

1) Aceptar adjudicaciones menos beneficiosas de las que corresponderían a su derecho, a cambio de compensaciones económicas no declaradas en las que no participarían en su día los *nondum concepti*, o por consideraciones subjetivas (proximidad de los inmuebles que se adjudiquen a fincas propias de los nietos existentes) indiferentes para aquéllos.

2) Procurar la adjudicación de bienes productivos a corto plazo, aunque sus productos sean, en cierto modo, a costa de su sustancia (con lo cual también se perjudicaría a los *nondum concepti* con aparición de legalidad), o dinero con objeto de colocarlo a intereses para percibir por los nietos vivos, dado el proceso inflacionista actual, como rédito lo que, en parte, no es sino cobertura frente a la depreciación monetaria, como recuerda el interesante fundamento quinto de la Resolución de 27 de noviembre de 1986.

¿Posibilidad de reclamación en su día de los *concepturi* contra el perjuicio o el fraude? Aparte de que habría muchos casos de imposibilidad de prueba de uno u otro, dígame qué esperanza de éxito habría en la reclamación judicial contra los herederos «puros», y menos contra los causahabientes de buena fe de éstos, y menos aún contra los adquirentes de bienes extrarregistrales, y menos todavía contra los poseedores de bienes muebles escamoteables o no...

No, la posibilidad de reclamación al cabo de los años no es bastante para confiar en la partición practicada por los herederos «puros» y los nietos. Y he de aclarar que hablo en un plano teórico y sin motivo alguno

para dudar de la integridad y moralidad de los interesados en el caso concreto que sirve de ocasión para estas líneas.

3.º Puestas así las cosas, sentada la necesidad de verificar la partición para evitar daño o fraude a esos *nondum concepti*, cualquiera puede pensar que la solución acertada será dar entrada a ella a quien por su cargo defiende los intereses de aquéllos. A esta solución llega la resolución que nos ocupa mediante los siguientes pasos:

1) Se considera que al lado de un llamamiento efectivo (aunque variable en su entidad cuantitativa) hay un llamamiento condicionado suspensivamente de los *nondum concepti*, y la condición consiste precisamente en el nacimiento de éstos. Pero ¿no parece un contrasentido que la condición impuesta a un *sujeto* sea precisamente la existencia, ya que, como dice ENNECERUS (*Tratado de Derecho civil*, Parte general, 1.º, pág. 329, nota), los derechos condicionales no presuponen menos un sujeto de Derecho que los incondicionales? Ya el considerando cuarto de la Resolución de 22 de diciembre de 1950 había recogido esa dificultad y la había resuelto tímidamente, y la que ahora nos ocupa recoge la tesis de la condicionalidad, «aunque no sólo dependa del acontecimiento futuro (en que consiste la condición) el llamamiento, sino la misma existencia del sujeto llamado».

2) Como el testador no ha creado una titularidad interina ni previsto una protección especial para el interregno de pendencia, habrá que acudir al Código Civil, que organiza una administración conservadora (arts. 801 al 804) a cargo de los colegatarios, es decir, en este caso, de los nietos vivos.

3) Por la remisión del artículo 804, habrá que acudir a los preceptos que regulan la administración del ausente (y bien lo están aquí los posibles beneficiarios!) y determinan las facultades y modo de actuación de los representantes atribuyéndoles incluso facultades dispositivas (y, por tanto, las particionales de herencia) con autorización judicial (art. 186) y exigiéndoles «inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles» (artículo 185 del Código Civil) judicialmente y con intervención del Ministerio Fiscal (art. 2.045 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Si toda esta legislación es aplicable, esta solución dista bastante de la adoptada por la escritura calificada, que mirando sólo a lo lejos, al momento en que los *nondum concepti* hicieran efectivo su derecho, se olvidó de tomar «desde ya» las necesarias medidas de imparcialidad y defensa, y tanto respecto a bienes inmuebles (inscritos o no) como a bienes muebles.

Lo que no comprendo es que el Registrador, que acertadamente alude en su nota a los artículos 801 al 805 del Código Civil, no hiciera caso de la remisión del 804 a la administración por los representantes del ausente. Es cierto que los artículos 185 y 186 no hablan de facultades particionales y esto pudo detener al Registrador y dirigirlo a la equivocada solución de la indivisibilidad. Pero la alusión del artículo 185, 2.º, a los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela, la lectura de los artículos 190 y 191 (que también invoca por analogía la resolución) y la consideración de que esos «representantes» no podrán oponerse a la petición de partición de los herederos «puros» disipan toda duda sobre el particular.

C) Tomadas en el acto particional las aludidas medidas de imparcia-

lidad y defensa de los derechos de los *nondum concepti*, quedaría pendiente la cuestión de impedir que por disposiciones o gravámenes indebidos por parte de los nietos vivos fuesen perjudicados aquellos derechos. Para impedirlo, en colaboración con el Registro de la Propiedad, es para lo que han debido tomarse en la escritura las medidas correspondientes.

Y aquí conviene aclarar algo respecto al contenido de la escritura porque todos (Registrador, Notario, recurrente y Dirección) hablan de reserva, de condicionamiento, de provisionalidad, pero unos alegando que se ha hecho la reserva y otros aduciendo que falta ésta. Lo sucedido es, al parecer, que en la escritura se ha establecido (¿por qué en la parte expositiva, según afirma el Notario?) la provisionalidad de las adjudicaciones de los nietos, y el Registrador, maximalista, entiende que esa provisionalidad debería haberse extendido (la contaminación de que habla el fundamento 5) a todas las adjudicaciones que se hacen en la escritura, criterio que, por cierto, contrasta con el de imposibilidad de la partición manifestado en la nota calificadora...

A mi juicio, en la escritura debió hacerse lo siguiente, aparte las adjudicaciones puras por la legítima de los tres hijos del causante:

1) Determinar los bienes (o cuotas indivisas de ellos) correspondientes a los dos tercios legados.

2) Adjudicar a los dos hijos, Francisca y José, puramente y sin limitación, los bienes (o cuotas) correspondientes a su participación (dos tercios) en el legado.

3) Adjudicar a los tres nietos vivos los bienes (o cuotas) correspondientes a la tercera parte del legado, atribuyendo cada finca (o cuota) a los tres *proindiviso* y haciendo constar respecto a todos y cada uno de los bienes, que por su carácter provisional, la adjudicación o adjudicaciones se resolverían si al fallecimiento del hijo «excluido» del legado hubiese, nacidos o concebidos, otros nietos. Con esto, el día de mañana los nietos vivos hoy podrían «elevar» a definitiva su adjudicación sin más que acreditar la inexistencia de nuevos nietos, si tal fuera el caso, o proceder en otro con los representantes de éstos a una nueva adjudicación en la proporción correspondiente según el número de nietos «viejos» y «nuevos» que se reunieran. Y obvio es decir que por la constancia de la provisionalidad en el Registro, tal resolución afectaría a los posibles terceros.

D) Pero aquí he de volver atrás porque en el sexto de los fundamentos de la resolución se afirma que los nietos vivos «en el concepto de administradores o titulares interinos tienen incluso facultades dispositivas... de modo que aun sin contar con el consentimiento de los titulares preventivos —en el presente caso imposible (por la inexistencia de los *nondum concepti*, añado yo)— pueden realizarse actos dispositivos plenamente eficaces», pero con la intervención judicial por aplicaciones de los artículos 185 y 186 del Código Civil y 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ya he tenido ocasión de decir. Y alguien precipitadamente podría preguntar: ¿cómo es posible hablar, por un lado, de resolución afectante a tercero y, por otro, de actos dispositivos plenamente eficaces y de intervención judicial? ¿Es que la autorización judicial no quita al acto el carácter de claudicante? La contestación es bien sencilla: hay que distinguir entre la disposición de los posibles derechos de los *nondum concepti*

(lo que equivale a «liberar» el bien de que se trate de la posible reclamación el día de mañana por dichos *nondum concepti*) y la disposición por los nietos adjudicatarios de un bien afecto a esa posible reclamación. No es lo mismo enajenar como «libre» un bien del legado por causa de necesidad (v.gr., para con su importe reparar otro del mismo legado necesitado de ello), que enajenar los nietos un bien del legado en propio provecho con la amenaza de la resolución (y con conocimiento por el adquirente de la posibilidad de ésta): para lo primero será necesario la autorización judicial y la disposición será plenamente eficaz; para lo segundo no será necesaria tal autorización, pero la disposición podrá verse arrastrada por la resolución de la adjudicación a los nietos ahora existentes.

E) Por último, quiero decir dos palabras..., mejor dicho, tres, antes de terminar este comentario, sobre otros tantos puntos concretos:

1) Sobre la nota calificadora. La resolución está conforme con la denegación de la inscripción, pero advierte que no es por la razón esgrimida por el Registrador, sino por las que se deducen de los fundamentos establecidos en ella. Parece, por tanto, que la nota debió aludir a los siguientes extremos como impedientes de la inscripción: la falta de intervención judicial, la falta de asegurar competentemente el derecho de los posibles nietos futuros y la ambigüedad en la determinación del carácter provisional de la adjudicación a los legatarios existentes. En cambio, no es admisible la razón alegada por el Registrador: al estar el legado sujeto a condición, hay que esperar al cumplimiento de ésta para practicar la división de la herencia.

2) Sobre el auto presidencial. Me hubiera gustado conocer los argumentos de éste para revocar la nota calificadora. Pero ni se resumen en la resolución ni he podido deducirlos de las sentencias que se citan. En las fechas que se indican he encontrado varias sentencias, pero unas no afectan a estas cuestiones y otras contienen generalidades sobre interpretación de testamentos de las que nada deduzco.

3) Sobre la transcripción en el *Boletín Oficial del Estado*. Esta no es muy correcta. Se observan en ella varias erratas, que, sin duda, descubrirá en seguida el lector, pero me creo obligado a advertirle. Así, en dos de los fundamentos se emplea la expresión «titularidad interna» por «titularidad interina», y en otro se cita el artículo 1.901 en lugar del 190; en el resumen del informe del Registrador se escribe «teológica» por «teleológica» y se citan los artículos 81 y 85 por los 801 y 805 y *passim*; el «todavía no» se escribe en latín en forma distinta de *nondum*.

Esto es lo que me sugiere la Resolución de 29 de enero de 1988, cuya doctrina y redacción me parecen dignas de alabanza.

PEDRO AVILA ALVAREZ

SERIA INJUSTO ENTORPECER LA EJECUCION QUE CUMPLE TODOS LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA QUE QUEDEN PROTEGIDOS LOS INTERESES CONCURRENTES. POR OTRA PARTE, EL TENOR LITERAL DEL ARTICULO 175, 2.º, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, AL PREVER LA CANCELACION DE ASIENTOS POSTERIORES, COMPRENDE TAMBIEN A LAS INSCRIPCIONES DE DOMINIO. NO PUEDE Oponerse el tracto sucesivo ni la salvaguarda judicial de un asiento cuando este ha nacido ya subordinado a otro que era preferente (RESOLUCIÓN DE 16 DE JULIO DE 1987. «BOE» DE 20 DE AGOSTO).

He leído con satisfacción la Resolución de 16 de julio último, en la que la Dirección sienta una doctrina clara y categórica con la que debemos sentirnos ciertamente complacidos los que a diario nos vemos en la obligación de aplicar la legislación hipotecaria.

Los procedimientos judiciales seguidos por los acreedores para el cobro de sus créditos hipotecarios y no hipotecarios al ponerse en relación con el Registro dan lugar a una serie de asientos cuya realización no siempre resulta fácil y cuya extensión obliga a conocer bien la mecánica reglamentaria inspirada en el principio de subsistencia de cargas anteriores o preferentes introducido en nuestra legislación por la Ley de 1909 con abandono del sistema de purga anteriormente imperante. A mi juicio, la resolución ha venido a facilitar esta labor al arrojar luz sobre una materia de indudable importancia como es la de la eficacia de la garantía de los derechos inscritos, y cuya regulación acaso no sea lo clara y terminante que fuera de desear.

La resolución se desenvuelve en el campo de las tercerías hipotecarias o registrales, en las que, como apunta CAMY (*Las tercerías en el orden inmobiliario*, pág. 14), a diferencia de las tercerías de mejor Derecho, que no tienen trascendencia registral y en las que juega el Derecho civil puro en la prevalencia de los títulos, la preferencia entre los varios gravámenes que recaen sobre las fincas se determina en base a lo que resulta del Registro en el momento de la expedición de la certificación de cargas. Cualquier otra preferencia distinta a la que se deduzca de los asientos registrales debe ser planteada judicialmente mediante las tercerías de mejor Derecho. Juega, por tanto, en su plenitud el principio sustantivo de prioridad para determinar la preferencia en el cobro de los distintos créditos, o lo que es lo mismo, para decidir qué créditos han de subsistir por estimarse preferentes y cuáles han de cancelarse por no gozar de preferencia respecto al que ha provocado la ejecución. Esta cuestión fundamental obliga a distinguir entre cargas y gravámenes anteriores y preferentes al crédito del actor y no preferentes al mismo. Sigue CAMY diciendo que en la determinación de estas preferencias surge, de una parte, una actitud pasiva de no alteración de la carga que se estima preferente a la ejecutada, y de otra, la activa de cancelar las que no se califiquen así, además de la cancelación del crédito que origina la ejecución, el cual desaparece por su pago o cumplimiento.

El artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que desarrolla en su aspecto adjetivo el artículo 133 de la Ley Hipotecaria, básico en esta materia, al generalizar a todos los procedimientos de ejecución, hipotecarios y no hipotecarios, el principio de subsistencia de hipotecas y gravámenes ante-

riores o preferentes al crédito del actor, y el artículo 233 del Reglamento Hipotecario regulan la actividad cancelatoria de los Registradores. El primero, pensado para el procedimiento ejecutivo ordinario, y el segundo, para el judicial sumario, ocupándose el primero de los mandamientos cancelatorios de inscripciones y anotaciones de créditos y derechos no preferentes a los del actor ejecutante, y el segundo, de los autos adjudicatarios de bienes, a que se refiere la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en los que ha de ordenarse la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores. Su tenor literal es el siguiente:

Artículo 175, 2.º «Cuando en virtud del *procedimiento de apremio* contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, en el cual deberá expresarse que el importe de la venta no bastó a cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores.

Continuarán subsistentes y sin cancelar las hipotecas y demás gravámenes preferentes al crédito del ejecutante.

El mandamiento cancelatorio determinará las circunstancias prevenidas en el artículo 233. Para lograr la cancelación de las anotaciones preventivas no preferentes, cuando éstas hubieran sido ordenadas por Juez distinto del que haya despachado la ejecución, bastará que éste haga constar en el mandamiento que exhortó a aquél comunicándole las circunstancias expresadas en el párrafo 1.º de esta regla.»

Artículo 233. «*En el auto de adjudicación de bienes*, a que se refiere la regla 17 del artículo 131 de la Ley, se determinarán las inscripciones y anotaciones posteriores y las anteriores preferentes al crédito del actor que hayan de cancelarse, con referencia expresa al número o letra, folio o tomo donde consten, sin que sea suficiente ordenar que se cancelen todas las posteriores a la hipoteca del actor. Se exceptúan las practicadas con posterioridad a la extensión de la nota prevenida en el párrafo 4.º de la regla 4.º del artículo citado, para cuya cancelación bastará la referida expresión genérica.»

Con esta actuación cancelatoria de los Registradores se consigue que las tercerías registrales desplieguen toda su eficacia sin que sea necesaria, como dice CAMY, la existencia de terceristas que las insten, pues sólo existe el rematante en el procedimiento ejecutivo, que no es un tercerista que se haya opuesto a la ejecución del acreedor ejecutante.

Sin embargo, si al inscribir el derecho a favor del adjudicatario de la correspondiente subasta, nos encontramos con una inscripción contradictoria de dominio, nos surgen dudas acerca de cómo actuar y nos tiembla el pulso a la hora de cancelar inscripciones de dominio. La dicción literal de los artículos 175, 2.º, y 233 del Reglamento Hipotecario parece, a primera vista, querer resolver el problema.

La Dirección ya intentó solucionar esta cuestión, y no con gran acierto

en sus razonamientos, en la Resolución de 27 de enero de 1955, dictada contra la negativa del Registrador a inscribir un testimonio de un auto de adjudicación dictado en procedimiento judicial sumario. A recibió en 1948 un préstamo de B, en garantía de cuya devolución constituyó hipoteca sobre una finca de su propiedad, que causó la inscripción 7.ª El acreedor procedió a la ejecución de su derecho, reclamándose del Registro la certificación de cargas de la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que se expidió en junio de 1949. Que entre las cargas existentes, aparte de unas afecciones que no interesan, figuraba la hipoteca aludida «subsistente y sin cancelar»; a continuación, un embargo dictado en autos ejecutivos seguidos por C contra A, que se anotó el 3 de octubre de 1948, a cuyo margen había nota de 4 de febrero de 1949, haciendo constar que se había expedido la certificación de cargas. La existencia del procedimiento judicial sumario se comunicó personalmente a C el 15 de julio de 1949, para que pudiese, si le interesaba, intervenir en él. El 20 de septiembre de 1950 se acordó la venta de la finca hipotecada, adjudicándose en segunda subasta al acreedor ejecutante, que fue aprobada por auto, en el que se ordenó la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la misma, incluso las que se hubiesen verificado después de expedirse la certificación de cargas. El Registrador denegó la inscripción por el defecto insubsanable de aparecer inscrita la finca a nombre de C por venta que le había hecho el Juez en representación de A, mediante escritura de 2 de febrero de 1950, en los autos ejecutivos seguidos por el mismo, y continúa diciendo literalmente la nota: «Sin que este señor haya sido notificado como tercer poseedor de la finca ni suspendido el juicio ejecutivo seguido a su instancia, ya que su derecho dimana desde el 4 de febrero de 1949, en que fue extendida la certificación de cargas, que surtió efectos en el procedimiento en que se remató, como resulta de nota puesta en los asientos de la finca, conforme al artículo 143, 2.º, del Reglamento Hipotecario, según se expresó en la certificación de 30 de junio de 1949, que surtió sus efectos en el procedimiento sumario a que se refiere el documento que se califica».

El Registrador informó, en defensa de su calificación, lo siguiente: Que la nota marginal de 4 de febrero de 1949, puesta en la anotación de embargo, tiene el alcance que determina la Ley y la Resolución de 6 de noviembre de 1933, que es el de dar a conocer a todo posterior adquirente que existe incoado un procedimiento y el Juzgado en que se sigue, a fin de que pueda intervenir en él. Que autorizados comentaristas han estimado que la citada nota implica una prohibición de disponer o una condición resolutoria, siendo un acierto de la Ley no reconocer estos efectos. Que no tiene precedentes en la Ley Hipotecaria la nota del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Que en la certificación expedida para el juicio ejecutivo figuraba la hipoteca a favor de B, ignorándose la iniciación del procedimiento judicial sumario, tramitado más tarde. Que en la certificación expedida para el judicial sumario figuraba la existencia del procedimiento ejecutivo, notificándose a C, celebradas dos subastas del juicio ejecutivo, la existencia del procedimiento judicial sumario, cuando lo normal hubiese sido que B, en uso del derecho que le conceden los artículos 127 y 132 de la Ley Hipotecaria, hubiera solicitado del Juzgado, que era el mismo en los dos procedimientos, la suspensión del primer juicio, ya que de no hacer uso de este derecho surgiría, como ha ocurrido, la figura del poseedor,

que tiene su origen antes de expedirse la certificación registral del segundo procedimiento. Que la suspensión del procedimiento ejecutivo no tiene carácter imperativo, sino facultativo, pero que si no se hizo uso del derecho hay que atenerse a sus consecuencias. Que C fue notificado como acreedor posterior, pero sus derechos como tercer poseedor son distintos, y que inscrito su derecho debe procederse en la forma que determina el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

La Dirección revocó el auto de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, en base a la doctrina siguiente:

Que seguidos dos procedimientos ejecutivos contra una misma finca que fue adjudicada a dos personas distintas, el recurso se centra en determinar el valor que deba darse a la nota puesta al margen de la anotación de embargo hecha a favor del acreedor personal y en si por tal circunstancia podrá estimarse a éste tercer poseedor de bienes hipotecados desde la fecha de la nota, según pretende el Registrador.

La nota, por sí sola y desde su fecha, es ineficaz para convertir al anotante en tercer poseedor de bienes hipotecados ni aun cuando en el procedimiento ejecutivo obtuviese la adjudicación de la finca, puesto que el derecho asegurado y el que después es objeto de inscripción son diferentes, como puso de relieve la Resolución de 13 de julio de 1933, al declarar que no puede convertirse en inscripción definitiva una anotación de embargo sin alterar el orden de los asientos y la normal ordenación del procedimiento. Que C, después de adjudicada e inscrita la finca a su favor, debió pedir que se le exhibieran los autos y que se entendieran con él las ulteriores diligencias como subrogado en lugar del deudor, de acuerdo con el artículo 134 de la Ley Hipotecaria.

La Dirección entendió que la negativa del Registrador a extender los asientos solicitados no parecía fundada, dados los términos del artículo 233 del Reglamento Hipotecario y la conducta observada por el tercer poseedor, cuyo derecho, tanto según las normas materiales como formales, se haya subordinado al ejercicio de la acción hipotecaria.

La resolución, a pesar de su razonamiento, llega a un resultado correcto, en cuanto que señala que la inscripción de dominio a favor de C no debe ser obstáculo para que se inscriba el derecho de B. Pero no entendemos por qué para llegar a esta conclusión es necesario enjuiciar el valor de la nota puesta al margen de la anotación de embargo y a si el anotante es o no tercer poseedor y desde qué momento puede considerarse tal.

Tal vez por estos razonamientos tan poco convincentes la práctica de los Registros haya ido derivando en actuaciones correctas hacia otras menos ortodoxas y que en ocasiones acaso hayan entorpecido el buen funcionamiento de la institución registral, así como el despliegue de efectos de los derechos inscritos y del principio de prioridad registral.

Con anterioridad a la citada resolución y a raíz de la misma varios autores se ocuparon de los problemas de las anotaciones de embargo. RAFAEL RAMOS FOLQUES, en 1952, en su artículo «El tercer poseedor de los bienes anotados y la vía de apremio», y JOSÉ MARÍA MAZUELOS, en 1956, en «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y alguno de sus problemas», artículos publicados en la *RCDI*.

Decía RAMOS FOLQUES que la reforma hipotecaria de 1944-1946 había introducido la novedad de situar al tercer poseedor de bienes anotados de embargo en el mismo plano que al tercer poseedor de bienes hipoteca-

dos, aunque la identidad no podía ser absoluta por la distinta naturaleza de los créditos personales y reales. Sin embargo, esa igualdad de trato jurídico procesal se hacía necesaria, ya que en ambos casos, el adquirente debía soportar las consecuencias de las hipotecas o cargas preferentes, ya por la prioridad o por la naturaleza del derecho. El artículo 38, penúltimo párrafo, dice que «cuando se persigan. , 134 y concordantes de la Ley», y el párrafo último del artículo citado, «que las mismas reglas se observarán cuando después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de las establecidas en los números 2.º y 3.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor».

El derecho del tercer poseedor se limita a poder intervenir en el procedimiento como subrogado en lugar del deudor, y si su adquisición fue anterior a la expedición de la certificación de cargas, a ser citado para que pueda hacer uso de las facultades que establece el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, o sea, pagar o intervenir en el procedimiento o desamparar los bienes.

Pero el problema que RAMOS FOIQUES planteaba se concretaba en cómo hacer posible que por el Juzgado se pudiera citar al procedimiento al tercer poseedor, cuando de la certificación de cargas expedidas por el Registro sólo resultan los gravámenes de la finca, pero no las inscripciones de dominio. Ante la falta de respuesta del legislador, deberá ser el propio acreedor, interesado en la satisfacción de su pretensión, quien averigüe y comunique al Juzgado, en su caso, la existencia del tercer poseedor al tiempo de expedir la certificación de cargas, a fin de que por el Juzgado puedan cumplirse los trámites legales del procedimiento.

MAZUELOS, de forma más concreta, decía, por su parte, que la enajenación de fincas en ejecución de créditos no hipotecarios producía «los siguientes efectos: a) La cancelación de las cargas y gravámenes posteriores a la anotación del ejecutante, excepto aquellas que hayan sido antepuestas a las del actor, y la de aquellos créditos que por ministerio de la Ley producen efectos retroactivos. b) Las inscripciones de dominio practicadas con posterioridad a la anotación del ejecutante, aunque haya sido en virtud de un título de fecha anterior, no impiden la inscripción de la finca enajenada en el procedimiento de apremio ordinario, siempre que la finca aparezca transferida por o en nombre de la persona que corresponda, según el párrafo último del artículo 143 del Reglamento Hipotecario, y que el procedimiento se haya tramitado conforme con los requisitos legales».

La doctrina, de acuerdo con la normativa citada y con la jurisprudencia, distingue los supuestos siguientes:

Primero.—Que la finca figure inscrita a nombre del tercer poseedor al tiempo de expedir la certificación de cargas y continúe inscrita a su nombre. Hay que distinguir tres alternativas: según que el tercero desampare la finca, formule oposición o ni pague, ni desampare, ni se oponga. En el primer caso, la escritura debe otorgarla el deudor, como representante legal del tercero, o el Juez en su nombre, aunque ROCA dice que debe otorgarse por el tercero o por el Juez en su nombre. En el segundo y tercer caso, la escritura deberá otorgarla el tercero o en su nombre y rebeldía el Juez.

Segundo.—Que la finca haya pasado hipotecariamente a poder del ter-

cero después de extendida la nota de expedición de la certificación de cargas. Hay que distinguir, a su vez, que el tercero se persone en el procedimiento, desampare la finca o permanezca inactivo. La escritura deberá otorgarse, en el primer caso, por el tercero o por el Juez en su nombre y rebeldía, y en el segundo y tercer casos, por el deudor o por el Juez en su nombre. Si el tercer poseedor no ha inscrito su adquisición, la escritura de venta la otorgará el deudor o en su nombre el Juez del procedimiento.

El Registrador no debe plantearse problemas de preferencia entre el título de propiedad del rematante y el del tercer poseedor o tercer adquirente, porque si bien las anotaciones de embargo constituyen obstáculo para el reconocimiento del derecho que puedan ostentar los que tengan título anterior a las mismas, lo hayan o no inscrito, solamente debe reconocerse este derecho a quienes hayan promovido en tiempo hábil la correspondiente tercería de dominio, y mientras no haya constancia de la misma en el Registro por la correspondiente anotación de demanda, debe practicarse la inscripción a favor del adjudicatario.

Tratándose de enajenaciones posteriores a la anotación del ejecutante, las inscripciones de dominio practicadas a favor del tercer poseedor no deben perjudicar civil ni hipotecariamente los derechos del anotante. Pero no siempre ocurre así. Tal es el caso de la resolución que estudiamos ahora.

Veamos la Resolución de 16 de julio de 1987:

Se tomó anotación de embargo sobre una finca en procedimiento ejecutivo y se expidió certificación de cargas en el mes de julio de 1981; se siguió el procedimiento y se vendió la finca en subasta en 1985, fecha en que la escritura de venta accedió al Registro. Dos meses después de la certificación de cargas, se constituyó hipoteca sobre la finca, que se ejecutó y se adjudicó al acreedor en pago de su crédito en 1984, fecha en que se inscribió. El Registro denegó la inscripción de la escritura de venta judicial derivada del procedimiento ejecutivo por constar la finca inscrita a favor de persona distinta de aquella contra la que se siguió el procedimiento, y sin que en base al mandamiento de cancelación de cargas se pueda cancelar una inscripción de dominio porque contravenía al artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

La Dirección ahora, con un razonamiento distinto, más moderno y, a mi entender, ciertamente feliz, argumenta que contra la interpretación dada por el Registro, se halla la lógica del sistema, de cuya valoración de conjunto siempre resultan medios para resolver los casos planteados, y que de seguirse la solución adoptada se derivaría una injusticia evidente, pues se concedería al ejecutado la posibilidad de enervar o frustrar las ejecuciones.

El Centro Directivo continúa diciendo que el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, al prever la posible cancelación de las inscripciones futuras, se refiere a «las inscripciones y anotaciones de créditos y derechos no preferentes a los del actor», expresión que en su generalidad comprende también las inscripciones de dominio.

Las anotaciones de embargo no cierran el Registro a los actos dispositivos del embargado, pero en ningún caso la inscripción de estos actos debe perjudicar al anotante. El derecho adquirido con posterioridad a la anotación se halla supeditado al resultado del proceso en que se ordenó,

de forma que si al embargo anotado sigue la ejecución del bien y su enajenación judicial, el adquirente posterior a la anotación verá extinguido su derecho, y su cancelación procederá conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria desde el momento en que se acredite en el Registro la venta judicial, así como el cumplimiento de los requisitos legales previstos.

En este sentido, ROCA, tomo II, pág. 895, nos indica que el concepto de tercer poseedor de bienes anotados de embargo aparece presupuesto en el artículo 38, último párrafo, de la Ley Hipotecaria, y que de igual manera lo presupone el artículo 143 del Reglamento Hipotecario al hablar del «tercer poseedor de bienes anotados». El concepto de tercer poseedor no es, por tanto, privativo de las hipotecas, sino que por asimilación a éstas se extiende por nuestro legislador hipotecario a los terceros adquirentes de bienes anotados preventivamente de embargo.

Al tercer poseedor hipotecario aluden los artículos 127, 4.º, y 134, 2.º, de la Ley Hipotecaria. El párrafo 5.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria dispone que a los terceros poseedores de bienes anotados de embargo se apliquen las reglas previstas para el tercer poseedor de bienes hipotecados del artículo 38, 4.º, de la Ley Hipotecaria, que se rigen por lo ordenado en el artículo 134 y concordantes de la Ley. Esta igualdad de tratamiento quiere decir, como apunta Roca, que la anotación preventiva de embargo surte los efectos propios de la hipoteca en trance de ejecución respecto de los posteriores adquirentes de la finca anotada. Estas posteriores enajenaciones, que hace posibles el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, deben entenderse «sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación», lo cual significa que la ejecución no debe detenerse por la aparición de nuevos adquirentes, sino que debe seguir hasta su culminación, lo que entraña para los mismos la pérdida de su adquisición y la extinción de su titularidad. Sólo quedan a salvo de los efectos de la anotación los adquirentes que hayan realizado su adquisición con anterioridad a la anotación, aunque hayan inscrito después.

El principio del tracto sucesivo, esgrimido por el Registro para rechazar la inscripción solicitada, dice la resolución, no puede llevar a exigir que el procedimiento ejecutivo se dirija contra el nuevo adquirente, pues haría imposible las ejecuciones al tener que iniciarse el procedimiento en cada nueva transmisión de dominio. El legislador adopta respecto al tercer adquirente una posición media, en cuanto le da derecho a intervenir en el procedimiento y a subrogarse en la posición del deudor, posibilidades éstas que permiten dar por satisfecho el principio del tracto sucesivo.

Además, hay un argumento más que no menciona la resolución, pero que, a nuestro entender, resulta del caso planteado. Si la hipoteca no se hubiera ejecutado nadie habría dudado de la pertinencia de su cancelación, por tratarse de una carga no preferente al crédito del actor. ¿Por qué la ejecución de la hipoteca, que desembocó en la adjudicación al acreedor y que se tradujo en una inscripción de dominio, iba a tener virtualidad suficiente para enervar la inscripción a favor del rematante del procedimiento judicial?

Por todo ello, concluimos que las inscripciones de dominio deriva de actos dispositivos del titular registral, realizados e inscritos con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, no deben constituir obstáculo para la práctica de las inscripciones de dominio que hayan de extenderse como consecuencia de los procedimientos seguidos para el

cobro de los créditos, debiendo entender que el mandamiento de cancelación no sólo lo es de cargas, sino también de todas las inscripciones de créditos y derechos posteriores, incluso de las contradictorias de dominio. De igual manera debe procederse en el caso de que los actos dispositivos sean realizados con anterioridad a la anotación de embargo, aunque se hayan inscrito después, salvo que el tercer poseedor ejecute la tercería de dominio y se haya anotado la demanda de la misma.

Sólo de esta manera podrán hacerse efectivos los atributos del derecho real de garantía y se podrá confiar igualmente en la seguridad que proporciona la anotación, evitándose los peligros que acechan al acreedor quirografario. Tanto la preferencia como la reipersecutoriedad, características de los derechos reales, encontrarán plena vigencia a través del buen obrar del Registro, quedando el titular registral protegido tanto frente a la concurrencia de acreedores resultantes de nuevas deudas del deudor, como frente a los nuevos titulares dominicales surgidos de actos dispositivos llevados a cabo por el deudor.

En resumen, ambas resoluciones comentadas tratan de armonizar el principio de prioridad registral con el de subsistencia de cargas anteriores y preferentes vigente en los juicios ejecutivos ordinarios e hipotecarios, todos ellos sabiamente combinados con el de goce y libre disponibilidad de los derechos inscritos que debe permitirse siempre a los titulares registrales, sin más limitaciones que las impuestas por el destino o función social de los derechos.

Por ello, si la Ley autoriza al dueño a hipotecar las fincas hipotecadas, a vender las fincas gravadas con embargos o hipotecas, habrá de ser en el entendimiento de que no se lesionen los intereses de los titulares inscritos cuando llegue el momento de su ejecución. Tal vez las dificultades apuntadas en las resoluciones deriven de que al principio de subsistencia de cargas se introdujo en nuestro ordenamiento hipotecario, como hemos señalado, con posterioridad a los otros principios de prioridad y de libre disponibilidad de los derechos. Si se ejecutan dos cargas simultáneamente, aunque sus resultados lleguen al Registro en momentos distintos, habrá de actuarse de forma que subsista y sea preferente la carga anterior, aunque su naturaleza jurídica sea menos consistente. Veamos varios ejemplos: Finca gravada con hipoteca y con una anotación de embargo: Si se ejecuta la anotación subsiste la hipoteca, y al revés, si se ejecuta la hipoteca desaparece el embargo. Finca gravada con embargo e hipoteca posterior: Si se ejecuta la hipoteca subsiste el embargo, y si se ejecuta el embargo desaparecen ambos derechos. Pero hasta aquí todo es claro. Mas ¿y si las dos cargas van a la ejecución simultáneamente y la posterior madura más y el adjudicatario resultante inscribe primero su derecho? Entendemos que se trata de una inscripción resultante de un derecho subordinado a otro anterior, que por serlo es preferente al posterior, con independencia de su naturaleza jurídica, lo que obliga, para despachar el título derivado de la carga anterior, a cancelar la inscripción de dominio derivada de la ejecución de la carga posterior, aunque sea anterior en el tiempo. El principio de prioridad juega con la antigüedad de los derechos de garantía y no con la fecha de los títulos de adjudicación o con la antigüedad de las inscripciones de dominio, consecuencia de aquéllos.

COMENTARIO A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL
DE 29 Y 30 DE SEPTIEMBRE DE 1987

(Advertencia previa: Concluido el comentario a la Resolución de 29 de septiembre, y pendiente de mecanografiar, se me solicitó el comentario simultáneo de la del día siguiente, so pretexto de que ambas versaban sobre la opción de compra. Es verdad que el comentario ya realizado incluía su cita; ello unido a lo concreto del conflicto resuelto por esta última me ha movido a no tratarla por separado, sino a recogerla íntegramente donde antes simplemente la citaba y desarrollar algo más su tema específico. Queda así estrambótica, en su sentido más literal, en el cuerpo del comentario y se cumple con la técnica narrativa más moderna: el lector es el dueño del relato; aquel que opte por seguir puntualmente la evolución de la Dirección General sobre esta materia, la leerá en su encaje cronológico; aquel que opte por no desviarse, debe pasarla por alto y volver sobre ella justo al final del comentario, cuando en el apartado VI, 5, se hable del plazo de ejercicio de la opción de compra. Mientras otra cosa no se diga, las remisiones al supuesto y resolución que se comenta se refieren, pues, a la primera de ellas.)

LA OPCION DE COMPRA PACTADA CON FINES DE GARANTIA DE UN CREDITO CONSTITUYE UN PACTO COMISORIO PROHIBIDO EN NUESTRO DERECHO, AUN CUANDO EL CONCEDENTE APODERE IRREVOCABLEMENTE A UN TERCERO PARA QUE LO REPRESENTE EN SU DIA EN LA VENTA DE LA FINCA (RESOLUCIÓN DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1987. «BOE» DE 14 DE OCTUBRE).

Hechos.—I. El día 8 de septiembre de 1982, don Vicente Fas Casadevall y doña María Teresa Casadevall Campeny recibieron 6.500.000 pesetas de doña María Luisa Thomas Casajuana, en concepto de préstamo por un plazo de un año y al interés del 20 por 100 anual, instrumentado en documento privado que fue firmado por ambas partes, y haciendo constar que, en garantía de la devolución de dicha cantidad, los deudores concedían a la acreedora un derecho global de opción de compra sobre las fincas detalladas de su propiedad; que al cobro de la cantidad expresada, en el término de un año, la señora Thomas se obligaba a dejar sin efecto el derecho concedido y a suscribir los documentos necesarios para la cancelación de la inscripción de dicho derecho que se estableció en escritura pública, y que, contrariamente, si la acreedora no percibía en su día la cantidad adeudada por los señores Fas y Casadevall, éstos vendrían obligados a otorgar la escritura de compraventa de las fincas citadas por el precio pactado.

El mismo día se otorgó la mencionada escritura pública autorizada por el Notario de Tortosa don Antonio Fitera Gómez, en la que don Vicente Fas y doña María Teresa Casadevall concedieron a doña María Luisa Thomas, representada por doña Carmen Llauradó Martí, el derecho de opción de compra sobre los inmuebles anteriormente expresados. En dicho contrato de opción de compra se estipuló lo siguiente: a) Que el derecho podría ejercitarlo la señora Thomas durante el plazo de cuarenta

meses, a contar de la fecha de la escritura. *b)* Que el precio convenido por ambas partes era de 6.500.000 pesetas, entregándose en el acto a cuenta de la futura compra 1.300.000 pesetas y las restantes se entregarían en el acto de otorgarse la escritura de compraventa. *c)* Que doña María Luisa Thomas podría satisfacer, en todo o en parte, el precio de la adquisición por vía de compensación de los créditos que en el momento de ejecutar la opción de compra ostentare contra los concedentes de la misma. *d)* Que el contrato se pactaba con efectos a terceras personas y se inscribía en el Registro de la Propiedad. *e)* Que cuando se ejercitase el derecho de opción y tuviese que formalizarse la escritura de compraventa, se pondría en conocimiento de los concedentes en su domicilio con diez días de antelación al otorgamiento de la misma. *f)* Que los concedentes conferían poder tan amplio y bastante como en Derecho se requiera y fuera menester, a favor de doña Carmen Llauradó Martí y don Martín Riera Coromina, para que pudieran indistintamente vender, en nombre y representación de los poderdantes, a doña María Luisa Thomas las fincas descritas en dicha escritura por el precio y condiciones de dicho contrato de opción y dar carta de pago y otorgar los documentos públicos y privados que fueran precisos a dichos fines, siendo dicho apoderamiento de carácter irrevocable, mientras subsista el aludido contrato contenido en la escritura, y que no podría formalizarse la compraventa hasta después de transcurrido un año de la fecha de otorgamiento.

Transcurrido el plazo de un año establecido para la devolución del préstamo, y ante la falta de pago por parte de los deudores, la señora Thomas y la apoderada expresa para otorgar la compraventa, doña Carmen Llauradó Martí, otorgaron escritura de compraventa de las fincas mencionadas en instrumento de fecha 7 de enero de 1986, autorizado por el Notario de Barcelona don Lorenzo Valverde Galán, declarando la representante de la vendedora haber recibido el precio con anterioridad al acto de otorgamiento por vía de compensación de créditos, que el día de la fecha ostentaba la compradora contra los vendedores.

II. Presentada la primera copia autorizada de la escritura anteriormente citada en el Registro de la Propiedad de Tortosa, el señor Registrador manifestó lo siguiente: «Tortosa, 26 de febrero de 1986, señora doña Carmen Llauradó Martí, calle Berlín, 34-36, 20, 2.º, 08014 Barcelona. Muy señora mía: Se encuentra presentada en este Registro, con el asiento número 2.763 del diario 253, la escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Lorenzo Valverde Galán, el día 7 de enero de 1986, número 27 de protocolo. Para su despacho es necesario: Nueva escritura en la que comparezcan los titulares registrales de las fincas don Vicente Fas Casadevall y doña María Teresa Casadevall Campeny, no siendo admisible el llamado 'poder irrevocable', que implica que el 'representante' obra en su propio interés y no constituye, por tanto, un supuesto de representación. Atentamente le saluda.—Firma ilegible».

A fin de comenzar la protección registral, ya que el plazo para hacer uso del ejercicio de opción de compra finalizó el día 8 de enero de 1986, doña María Luisa Thomas presentó en dicho Registro una instancia solicitando la anotación preventiva, extendiéndose en la escritura de referencia a la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que precede, y de la anotación preventiva de suspensión solicitada por doña María Luisa Thomas Casajuana, en instancia suscrita el 6 del actual, por cuanto el defecto, que en su día se notificó al representante, es insubsa-

nable. La nota ha sido extendida de conformidad con el presentante.—Tortosa, 7 de marzo de 1986.—El Registrador.—Firma ilegible».

III. El Procurador de los Tribunales don Jorge Rowe Boix, en representación de doña María Luisa Thomas Casajuana, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el señor Registrador de Tortosa, según el documento de notificación de denegación de inscripción, considera la existencia de un defecto insubsanable, por lo que deniega la inscripción del título y según las condiciones en que está estipulado el apoderamiento en la escritura de opción de compra, es lo que en Derecho científico distingue los conceptos jurídicos de «mandato» y «representación», y hace observar que las diferencias entre ambos ni siquiera se borran por completo en el mandato representativo, porque el mandato afecta a la relación material de carácter interno entre mandante y mandatario, y apoderamiento, concepto formal, trasciende a lo externo y tiene como efecto ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro del poder que se ha conferido, y aunque de ordinario los poderes van unidos a una relación jurídica de mandato, no es esencial esta coincidencia ni son idénticos los principios y normas a que ha de ajustarse; en este sentido, se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1935, 22 de mayo de 1942, 1 de diciembre de 1944 y 3 de marzo de 1951. Que en cuanto a la irrevocabilidad del apoderamiento se pronuncian las Sentencias de dicho Tribunal de 1942, antes citada, y 2 de noviembre de 1961. Que la presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad de Tortosa tuvo lugar el día 9 de enero de 1986, por lo que no han pasado todavía los sesenta días hábiles a que hace referencia el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. Que el asiento de presentación continúa produciendo sus efectos, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, y han de quedar también en suspenso todos los términos expresados en el artículo 66 de la misma Ley y en el artículo 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Que con arreglo al artículo 296 de la Ley Hipotecaria, el señor Registrador ha de responder de los daños y perjuicios ocasionados a la señora Thomas por no inscribir el título correspondiente al contrato de compraventa otorgado en ejercicio de la acción de opción de compra por estar comprendido en el supuesto del número 1 de dicho artículo, ya que su denegación significa ignorancia inexcusable de una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial sobre la irrevocabilidad de la representación, cuando forma parte y condición de un contrato.

IV. El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota alegó que conforme al artículo 429 del Reglamento Hipotecario, el día 26 de febrero de 1986 fue notificada por escrito al presentante la calificación desfavorable del documento presentado, inicialmente el día 9 de enero de dicho año, retirado para pago de impuestos y vuelto a presentar el día 12 de febrero; informada verbalmente de los motivos por los cuales la calificación del documento presentado debía ser denegatoria, la señora Thomas solicitó se tomase anotación preventiva; se le comunicó la imposibilidad de practicarla, ya que el defecto tenía carácter insubsanable, poniéndose a pie del título nota expresiva de dicha imposibilidad a solicitud de la citada señora, por lo que de conformidad con la misma no se hizo constar de manera expresa, sino por remisión, el defecto considerado. Que según la doctrina germánica los conceptos de mandato y representación se deben separar nítidamente; el mandato puede ser la base en que se sustente el

poder dado al mandatario, pero la fuente de la representación puede constituir la otra relación jurídica distinta del mandato (contrato de sociedad, relación laboral, etc.), y afirma esta doctrina que el mandato se refiere a las relaciones internas entre las partes contratantes, mientras que la representación se refiere a las relaciones externas del apoderado con los terceros y deriva de un negocio abstracto de apoderamiento. Sin embargo, la doctrina moderna reconoce la anterior distinción, pero ha puesto de relieve que no cabe desvincular la representación del contrato básico originante de la misma, sea cual sea éste. Así, en las relaciones entre poderdante y apoderado es evidente el carácter causal del apoderamiento y su absoluta vinculación a la relación subyacente, y en las relaciones con los terceros, la seguridad del tráfico jurídico impone que el apoderamiento surta sus efectos con independencia de aquellas vicisitudes, pero solamente si se trata de un tercero de buena fe, y en el caso que nos ocupa si hubiese terceros, para conservar la condición de terceros de buena fe, estarían obligados a investigar la relación subyacente, ya que el pacto de poder irrevocable absoluto debería ponerles sobre la pista de que no existe verdadera representación. Que el núcleo fundamental de la regulación positiva de la representación, aparte de algunas normas particulares dispersas en el ordenamiento jurídico, se encuentra en los artículos 1.709 y siguientes del Código Civil, dedicados al mandato, que regulan también las bases esenciales de la relación representativa, siendo nota esencial de la representación que el representante actúe en interés del representado, y la doctrina moderna señala que interés que gestione el representante no es irrelevante, sino que gestiona siempre en interés del representado, y esto no quiere decir que no pueda, a su vez, tener interés en llevar a cabo la gestión. De esto deriva una consecuencia necesaria, que, a su vez, se convierte en esencial, y es que el representado no pierde nunca la disposición y el control sobre su propio interés, sino que incluso puede en cualquier tiempo revocar el poder, según el artículo 1.733 del Código Civil, lo que es aplicable a la representación en general, no sólo cuando es consecuencia de la relación básica del mandato. Que la doctrina y la jurisprudencia viene admitiendo la validez de poderes irrevocables, justificados por la existencia de otros intereses distintos a los del poderdante. La configuración técnica de tales poderes es una cuestión controvertida y no resulta, pero atendiendo a sus efectos la irrevocabilidad del poder puede ser: a) Relativa. Se produce en aquellos casos en que el apoderado tiene algún interés en llevar a cabo la gestión representativa y el poderdante queda obligado a indemnizar en caso de ejercer su facultad de revocar. b) Absoluta. Se produce en aquellos casos en que existe un contrato-base o relación jurídica subyacente entre el poderdante y el apoderado o un tercero en el que se incardina como parte integrante del mismo la concesión del poder irrevocable. Ahora bien, la característica de estos supuestos es que el apoderado o tercero gestione un interés o derecho propio que ha adquirido en virtud de la relación subyacente que atribuye al apoderado o al tercero algún tipo de derecho real. Estos poderes son esencialmente irrevocables, sin que sea necesario pactarlo; pero lo que ocurre es que no hay representación. Estas afirmaciones son comúnmente admitidas por la doctrina y la jurisprudencia: Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1942, 1 de diciembre de 1944, 31 de enero de 1956, 2 de noviembre de 1961, 4 de mayo de 1973 y 21 de octubre de 1980, entre otras. Que en el ámbito del Derecho civil y en lo que afecta al

Registro de la Propiedad, las relaciones que integran poderes irrevocables absolutos persiguen alguna de las siguientes finalidades:

1.º De garantía. Se produce cuando el deudor otorga un poder irrevocable a su acreedor, o a un tercero que actúa por cuenta de éste, para garantizarle que si vencida la obligación no fuese satisfecha la deuda, podría reintegrarse de la misma apropiándose de los bienes a que afecta el poder; normalmente, el contrato se completa con un pacto de opción de compra que impide que el deudor enajene o disponga de los bienes gravados.

2.º De especulación, ahorro de impuesto o de fraude de Ley. Se produce cuando la relación subyacente constituye una transmisión de derecho a la que no se desea dar publicidad y, aparentemente, se otorga un amplísimo poder irrevocable al adquirente. El Tribunal Supremo se ha ocupado de alguno de dichos supuestos, con una técnica defectuosa, quizá obediendo a razones de justicia material, como, por ejemplo, la Sentencia de 21 de octubre de 1980.

3.º De liquidación o ejecución. Se produce cuando, con base en un pacto subyacente, el deudor otorga un poder irrevocable a sus acreedores para que vendan sus bienes y se hagan pago de sus créditos, quedando liberado el deudor por el importe obtenido de la venta y teniendo derecho a la devolución del sobrante, en caso de existir. Se trata, por tanto, de la cesión para pago a que se refiere el artículo 1.175 del Código Civil. Sin embargo, tampoco hay que admitir la figura del poder irrevocable absoluto, que debería ser desterrada de la práctica jurídica, en realidad, la cesión de bienes para pago de deudas es un contrato relativamente atípico, de trascendencia real, en el sentido de que los efectos buscados serían los de privar al deudor del poder de disposición sobre sus bienes y atribuirlo a los acreedores, unido o no a una amplia facultad de administrar, para que lo utilicen en el plazo más corto posible con una finalidad concreta, y todo esto debe salir a luz sin engaños, ya que su régimen fiscal no es tan malo y puede obtenerse garantía registral encuadrando el supuesto en el previsto en el número 3 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, aunque, si se prefiriese evitar gastos, cabría aplicar el párrafo cuarto del artículo 20 de dicha Ley. Que el caso objeto del recurso se trata de la utilización del mecanismo del poder irrevocable que encubre una finalidad de garantía real; así, pues:

a) La relación subyacente instrumentada en documento privado, la concesión de la opción de compra y el otorgamiento del poder irrevocable constituye un negocio complejo que debe ser considerado globalmente, según tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, Sentencia de 7 de julio de 1978.

b) Es un negocio civilmente anómalo: 1.º, porque crea un derecho real de garantía atípico y sin que exista causa suficiente que justifique su admisión; 2.º, porque es un negocio ilícito que conculca la norma del artículo 1.859 del Código Civil. Pero externamente este negocio complejo se presenta como una opción de compra y un poder irrevocable para ejecutar esa opción, y a la vista de esta apariencia se puede decir que civilmente hay: 1.º, un negocio simulado relativamente, y 2.º, un negocio fraudulento que pretende soslayar la aplicación del artículo antes citado. Que las diferencias entre la calificación civil de un acto o negocio jurídico

y la calificación registral del título relativo al mismo pueden derivar de los estrechos márgenes en que se mueve la calificación registral, en cuanto los medios que cuenta el Registrador para calificar, artículo 18 de la Ley Hipotecaria, pero no al ámbito de la calificación que es amplísimo, artículo 1.261, 3.º, del Código Civil y concordantes, y también puede derivar de la existencia de normas y principios específicos de Derecho hipotecario dirigidas a la protección del titular registral y de que la función registral es la de evitar que se produzcan controversias. Así, pues, partiendo de estas premisas se intenta demostrar que la calificación del título a que se refiere el presente recurso debe ser denegatorio por adolecer de un defecto insubsanable. Un examen atento del documento nos revela: 1.º, que no existe verdadera representación de los titulares registrales, que se deduce de su carácter irrevocable, como ya se ha expuesto, y así parece entenderlo el funcionario autorizante de la escritura, ya que omite hacer un juicio sobre la suficiencia y subsistencia del poder, cláusula habitual en las intervenciones por representante; 2.º, que tampoco estamos ante una verdadera opción de compra, sino ante un pacto integrante del negocio complejo de garantía real que antes hemos descrito; lo que se deduce de la simbiosis genética de este contrato con el otorgamiento del poder irrevocable y evidencia dicha afirmación la estipulación segunda de la escritura de constitución de la opción; 3.º, que el derecho o interés que destina el apoderado es la garantía real constituida a favor de la señora Thomas, y que si representa a alguien no es a los titulares registrales, sino a la propia señora Thomas, lo que es evidente por cuanto doña Carmen Llauradó Martí en la escritura de constitución de opción-concesión de poder irrevocable compareció como representante de la citada señora, y asimismo con tal carácter comunicó a los titulares registrales su intención de ejercitar la opción de compra, según consta en la propia escritura. Que la calificación denegatoria se basa en los siguientes argumentos: 1.º, el título presentado explica una causa falsa, ocultando una causa verdadera de garantía; nos encontramos ante un simulado relativamente o de un negocio fiduciario, que, conforme al artículo 1.276 del Código Civil, se trata de negocios nulos; 2.º, el título presentado a inscripción constituye, además, un fraude de ley, ya que a través del poder irrevocable se pretende soslayar el principio que se deduce del artículo 1.859 del Código Civil, y hay que señalar que la calificación denegatoria pretende proteger a los titulares registrales que tienen derecho a que sus bienes se ejecuten por un precio razonable y de forma que se asegure la devolución del sobrante. Que aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado exactamente del caso que nos ocupa, sí lo ha hecho del negocio fiduciario en la Sentencia de 8 de marzo de 1957 y la ha declarado nula *ab initio* la venta en garantía en la Sentencia de 14 de marzo de 1964, pudiéndose considerar la misma como la más pura jurídicamente. Que, además, la calificación debe ser denegatoria dada la existencia de una relación subyacente que atribuye un derecho real o un poder real: 1.º, porque se oculta al Registrador una transmisión real y se infringe el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y 2.º, porque no consta la aceptación del poder irrevocable como es requisito imprescindible de todo pacto bilateral. Que, finalmente, y aun olvidándose de la relación subyacente, se advierte que del hecho de que el llamado poder irrevocable no constituye representación de los titulares registrales, derivan unos obstáculos que impiden la inscripción de carácter estrictamente hipotecario, ya que dicho poder

supone que el poderdante pierde no sólo la facultad de revocar, sino también el total control de disposición sobre su derecho, ni exigir al apoderado cuentas de su actuación; esto significa que este caso puede considerarse como un supuesto similar al contrato de opción de compra en el que se pacta que el optante podrá unilateralmente otorgar la escritura de compra, que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ocupó en la Resolución de 7 de diciembre de 1978; así, pues, y dado que el poder irrevocable no constituye representación, es obvio que no es admisible una unilateral declaración del recibo del precio por compensación de créditos, sin que, además, se acredite siquiera la existencia y vigencia de tales deudas; no obstante, se discrepa parcialmente de la citada resolución, pues para que el ejercicio unilateral de la opción sea inscribible debe considerarse requisito necesario si no el consentimiento, sí, al menos, el asentimiento del titular registral; el supuesto es similar al cumplimiento de condición resolutoria establecida en garantía de precio aplazado en la compraventa, donde la Dirección General ha interpretado ampliamente el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario en la Resolución de 29 de diciembre de 1982. Así, pues, nos encontramos ante prevenciones hipotecarias que protegen al titular registral y que ponen de relieve que los supuestos de «cancelación automática» de las inscripciones sin ni siquiera asentimiento del titular registral basados en el artículo 82, 2.º, de la Ley Hipotecaria, prácticamente no existen en nuestro Derecho.

V. El Notario autorizante informó que la esencia del problema radica en la problemática de los conceptos de mandato y representación y su diferenciación, y así, el Tribunal Supremo hace dicha distinción en la Sentencia de 16 de febrero de 1935 y de 1 de diciembre de 1944. Que la doctrina ha admitido la conveniencia de estimar que en algunos casos puede quedar justificada la irrevocabilidad del mandato y del poder de representación, que su admisibilidad depende de que el pacto o cláusula tenga una «causa» o «razón» que los justifique, y como no tiene que ser conocida por los terceros, la práctica se inclina por mencionarla en el apoderamiento; la admisibilidad del poder está recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1942 y 2 de noviembre de 1961. Que en base de lo expuesto anteriormente, no se comparte el criterio adoptado por el señor Registrador de la Propiedad de Tortosa en su nota de calificación.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la nota del Registrador, fundándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1981; en la Resolución de la Dirección General de 2 de junio de 1914, en que por parte del Registrador no pueden agregarse al emitir el informe nuevos motivos que agraven la calificación (Resoluciones de la Dirección General de 29 de abril de 1959 y 11 de febrero de 1974); en que hay que partir de la validez y eficacia de los contratos mientras no se declare su nulidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1959, 24 de marzo de 1969 y 22 de marzo de 1983); en el artículo 1.276 del Código Civil, relacionado con el siguiente 1.277, y Sentencias de 8 de marzo de 1956 y 30 de diciembre de 1978, entre otras.

VII. El señor Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que se procedió de acuerdo con el artículo 429 del Reglamento Hipotecario, y dado que la nota informal de calificación fue presentada por la recurrente y unida al expediente, no se consideró

oportuno oponerse a la tramitación del recurso, entendiendo que en la citada nota se deducían suficientemente los motivos o razones jurídicas que impedían la inscripción; así, pues, el informe no pretende defectos distintos de los notificados, según el considerando tercero del auto apelado, sino que trata de poner de relieve las peligrosas consecuencias que automáticamente se derivan o pudieran derivarse de la admisión del poder irrevocable absoluto como poder de representación, facilitando de esta forma nuevos argumentos en contra de su admisión. Que es cierto que la simulación por sus características escapa normalmente al control de la calificación por razones de dificultad práctica y no de imposibilidad o restricción jurídica, que no existen (art. 18 de la Ley Hipotecaria, en relación con el art. 1.261 del Código Civil), pues la calificación puede alcanzar la simulación e incluso el fraude de Ley, así lo confirma la Resolución de 4 de noviembre de 1968. Que es cierto que los contratos deben ser considerados como válidos en tanto no se declare judicialmente su nulidad, y excede a la competencia del Registrador declarar la nulidad de un contrato; pero debe ser denegada la inscripción a aquellos contratos que aparentemente adolecen de un vicio invalidante, sin perjuicio de que los interesados puedan acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia. Que, por último, los artículos 1.276 y 1.277 del Código Civil regulan supuestos de hecho diferentes.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.255, 1.275, 1.859, 1.872 y 1.884 del Código Civil; 234 y 235 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 7 de diciembre de 1978, 7 de septiembre de 1982 y 10 de junio de 1986.

1. La nota del Registrador, contra la que se alza el recurso, adolece de graves defectos formales porque no contiene en sí las causas o motivos de la denegación, sino que se limita a expresar que «el defecto que en su día se notificó al presentante es insubsanable». Sería, pues, procedente, de acuerdo con las Resoluciones de 25 de febrero de 1953 y 11 de febrero de 1974, exigir al Registrador la extensión de la nota con expresión formal de los motivos, tal como exigen los artículos 429 y 434 del Reglamento Hipotecario y suponen las reglas que rigen el recurso gubernativo. Sin embargo, como todos los que han intervenido en las actuaciones (recurrente, Notario, Registrador, Presidente de la Audiencia) parten de que el defecto que en su día se notificó es el contenido en una carta que el Registrador dirigió a determinada persona, se prescinde, por razones de economía procesal, del defecto formal acusado.

2. El único defecto observado por el Registrador es que «falta que comparezcan los titulares registrales de las fincas, don Vicente Fas Casadevall y doña Teresa Casadevall Campeny, no siendo admisible el llamado poder irrevocable que implica que el representante obra en su propio interés y no constituye, por tanto, un supuesto de representación». Esta calificación predetermina el objeto del recurso, pues sólo pueden ser discutidas «las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador» (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario). Mas aún así no cabe duda de que el problema planteado es si cabe inscribir una escritura por la que un acreedor ejercita un derecho de opción, de la cual resulta que vencidas ciertas obligaciones, el acreedor las hace efectivas, adquiriendo en pago determinadas fincas sin consentimiento actual de los deudores y dueños, y si para expresar este consentimiento actual es válido y lícito el poder irrevocable que en su día,

cuando se constituyó el derecho de opción, otorgaron los dueños de las fincas.

3. En el presente caso, de la escritura misma resulta que, entre las posibilidades que tenía el optante según la escritura antecedente de constitución del derecho de opción, estaba la de adquirir las fincas en pago («por vía de compensación») «de los créditos que en el momento de ejercitar la opción ostente contra los concedentes de la misma»; y es esta posibilidad de que, en efecto, se ejercita en el presente caso, pues de la escritura resulta que el acreedor y optante, vencidos los créditos y no habiendo sido pagados, pasa, por el ejercicio del derecho convenido, a hacerse dueño de las fincas afectadas, las cuales son recibidas en pago de los citados créditos. Es decir, el derecho de opción ha sido utilizado, en este caso, en funciones de garantía, y con su ejercicio se ha pretendido que, sin procedimiento especial, los bienes pasen a la propiedad del acreedor a fin de que con ellos quede satisfecho el crédito. Esta función de garantía, que en el presente caso, como evidencia la escritura calificada, ha desempeñado el derecho de opción, no es negada por el propio escrito del recurso presentado en nombre del optante, pues en él se manifiesta que en el mismo día en que por escritura pública se constituyó el derecho de opción sobre determinadas fincas, los dueños de ellas recibieron, por documento privado, determinada cantidad en concepto de préstamo al 20 por 100 de interés, expresándose en dicho documento privado «que en garantía de la devolución del capital mutuado, los deudores concedían a los acreedores... un derecho global de compra sobre las fincas de su propiedad», de modo que el capital prestado y debido pasaría a ser el precio de tal compra.

4. No hay duda de que es ordinariamente posible prever en la escritura de constitución del derecho de opción que el ejercicio se lleve a cabo con la colaboración de un tercero al que en la escritura se le confieran al efecto, irrevocablemente, poderes del dueño del bien sobre el que el derecho de opción recae. Pero, en cambio, este apoderamiento no es posible cuando se utiliza el derecho de opción en funciones de garantía, porque a tal pacto se opone la prohibición del pacto comisorio, acogida con amplitud en nuestro Ordenamiento, tal como se razonó en la Resolución de 10 de junio de 1986. En efecto, esta prohibición no sólo impide al deudor conferir al acreedor la facultad, en caso de impago, de adjudicarse él mismo las cosas dadas en garantía, sino que también impide, obviamente, conferir esa misma facultad, de adjudicación al acreedor, a un tercero. De admitirse esta cláusula, sería una más de las que acostumbran a imponer los prestamistas en su propio interés. Implícitamente nuestro Ordenamiento confirma la prohibición en los términos consignados cuando con normas imperativas determina los señalados casos en que, cumplidas las cautelas y procedimientos establecidos, un tercero puede, en ejercicio de las facultades conferidas por el deudor y dueño, adjudicar al acreedor los bienes dados en garantía (cfr. arts. 234, 1.º, y 235, 10, del Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y confirmar la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 29 de septiembre de 1987.—El Director general, *Mariano Martín Rosado*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

(BOE, 14 de octubre)

COMENTARIO.—I. A nadie escapa la fundamental importancia que en toda resolución judicial tiene la relación de hechos ocurridos —materia, sin embargo, tradicionalmente descuidada—, no sólo para el cabal entendimiento de la decisión, sino por consecuencias jurídicas necesitadas de exquisita técnica, como la congruencia o la analogía.

La historia se complica aún más en el recurso gubernativo, en el que la «temporalidad» de los acontecimientos sufre también el peso de la prioridad registral. La disputa sobre la calificación del Registrador debe respetar fielmente su visión cronológica de los acontecimientos.

Esto viene a propósito del primer párrafo de la presente resolución, en el que se relaciona, sin ápice de duda sobre su entidad, la existencia de un documento privado, cuya aparición en el recurso es un velado misterio, pero que va a determinar irremediabilmente la decisión final.

El detalle con el que los hechos se entretienen en las entretelas del documento privado hace obvio que éste circuló por el recurso, aunque el recurrente, al menos en la transcripción del *Boletín Oficial del Estado*, no lo menciona y el Registrador una sola vez y muy de pasada, y viene a socavar el terreno al fundamento tercero de Derecho, que parece querer reconducirlo a una «manifestación» del escrito de recurso, de donde se habría tomado incluso un párrafo entrecomillado.

Hubiera sido preferible, y más estrictamente registral, que el recurso se hubiera movido en el campo de las apariencias y los presentimientos, que no en el de las interioridades y las evidencias, y conocer la opinión de la Dirección respecto de aquéllos. Probablemente, la Dirección no podía cerrar los ojos, pero su reconocimiento implícito del documento privado, aunque sea porque perjudica ostensiblemente a la parte que lo alega (artículo 1.228 del Código Civil), plantea graves problemas, en los que por la propia excepcionalidad del supuesto no voy a entrar. Así, el difícil equilibrio entre los artículos 117 del Reglamento Hipotecario, que prohíbe discutir en el recurso gubernativo los documentos no presentados en tiempo y forma a calificación, y 124 del Reglamento Hipotecario, que admite los documentos para mejor proveer solicitados por el Presidente de la Audiencia y la Dirección General cuya presentación en el Registro no fuera necesaria para la inscripción denegada o suspendida, o la posible calificación por el Registrador de documentos complementarios privados, válidos (artículos 1.279 y sigs. del Código Civil), de los requisitos que han de reunir éstos, y de la distinción a tales efectos entre partes y terceros con relación a la publicidad registral.

II. La Dirección General acusa graves defectos formales a la nota del Registrador contra la que se alza el recurso, eufemismo que alude a la inexistencia de «nota de calificación» (arts. 429, 2.º, y 434, 3.º, del Reglamento Hipotecario), pero que le permite utilizar como tal por razones de economía procesal, y en el fondo porque tiene ya su decisión tomada, la «calificación notificada» (art. 429, 1.º, del Reglamento Hipotecario).

En realidad sí existió una nota de calificación con expresión de sus motivos: es la denegación de la anotación preventiva de suspensión solicitada, que debía de haberse extendido en su título correspondiente —la instancia— y que por error se hizo en la escritura; ligerísima bola de nieve que deviene alud en una imparable carrera de desatinos, que es de dudar no se haya llevado por delante a la propia Dirección.

Revela el Registrador de la Propiedad un encomiable ardor juvenil de desfacedor de entuertos. Se palpa no sólo en la intensidad de su trabajo —el *Boletín Oficial del Estado* le dedica tanto papel como al resto de los intervinientes juntos, incluidos los hechos y los fundamentos de Derecho—, también en el exceso de celo registral —«la calificación denegatoria pretende proteger a los titulares registrales»—, y en una clara aversión hacia lo no transparente, lo no franco, lo que responda a razones no confesadas —«tampoco hay que admitir la figura del poder irrevocable absoluto, que debería ser desterrada de la práctica jurídica»—. La calificación se resiente de tan envidiable bagaje, pero el informe se hace más brillante a medida que se desprende de él.

III. Hago cuestión personal la inquina contra aquellos recurrentes que, a falta de mejores luces, esgrimen como argumento la amenaza de responsabilidad civil del Registrador de la Propiedad.

Aparte de esto, la apropiación de un párrafo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1942 (1), la cuenta de los días —mera cuestión de calendario— y la genial idea de sacar a la luz la relación subyacente de tan notable carga peyorativa.

IV. Parece claro que correspondía al Presidente de la Audiencia el evitar que el recurso llegara a la Dirección en los términos en que hubo de llegar.

El artículo 114 del Reglamento Hipotecario no impone la notificación automática al Registrador de la interposición del recurso, sino una vez «admitido»; el recurso gubernativo puede, pues, no ser admitido, ello será cuando no se cumplan los requisitos del artículo 113 del Reglamento Hipotecario, y en el presente caso era más que dudoso que el documento estuviera calificado.

No puede decirse lo mismo de la aportación del documento privado, no tanto porque su devolución para su calificación por el Registrador debió parecer contra natura, cuanto por su encaje formal dentro del contenido de «discusión» del recurso por el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, inmediato al auto que ha de resolverlo (art. 118 del Reglamento Hipotecario).

También podía pensarse que corresponde al Registrador alegar las «causas que impidan tramitar el recurso» (art. 119 del Reglamento Hipotecario). Pero, en cualquier caso, una vez que se ha transigido con cuantos principios formales adornan el recurso gubernativo, resulta un contrasentido pretender que el Registrador había agravado su inexistente nota. Así claramente lo entendió la Dirección General.

V. Por contraste, en el informe del Notario pesa el escepticismo. Un buen resumen de la página 307 del libro de Díez Picazo (2), que no explico

(1) Sospecho que tomado de Díez-PICAZO: *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, página 38. El mismo párrafo fue recogido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1978, citada por CÁMARA en *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1985, pág. 41.

(2) *Ob cit* CURIOSO lo de este libro. Tanto el recurrente como el Notario autorizante lo han utilizado claramente; también TORRES LANA *Contrato y derecho de opción*, 2ª ed., Madrid, 1987, página 269, lo cita en apoyo de su frase: «Hoy en día se admite sin dificultades la irrevocabilidad

la omisión que se le imputa del juicio de capacidad de los otorgantes (artículos 156, 8.º, y 167 del Reglamento Notarial ni siquiera por considerarlo innecesario (art. 145 del Reglamento Notarial).

VI. 1. En los dos primeros fundamentos de Derecho, el Centro Directivo viene a purificar su complejo de culpa por resolver un recurso tan formalmente inconsistente. Es de destacar el exquisito regate del fundamento segundo, cuando acoge paladinamente lo que de inmediato vulnera: «La calificación predetermina el objeto del recurso...». «Más aún, así no cabe duda de que...».

En el tercero de los fundamentos se analiza la naturaleza y causa de la opción de compra constituida, y en el cuarto se halla la verdadera razón de la negativa: la operación constituye un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento.

Son varios los temas que se sugieren. Para el mejor entendimiento de las tesis de la Dirección en torno a la opción de compra, cabe empezar por recoger las más recientes resoluciones, incluso las no citadas en el vistos, pues la referencia a ellas será después obligada.

Resolución de 7 de diciembre de 1978 (3):

Admite el ejercicio unilateral en el Registro de la opción de compra por el optante, «siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar...; el título definitivo del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción —otorgada, como es obvio, por ambas partes— y por la escritura de ejercicio de opción —otorgada unilateralmente por el adquirente—, ya que una vez autorizadas ambas, el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente».

Ahora bien, ello requiere el estricto cumplimiento de sus obligaciones por el adquirente, lo que implica la previa o simultánea constitución de depósito para pago del precio.

La voluntad de los interesados no puede modificar las garantías establecidas en beneficio de terceros, singularmente por la falta de funcionario —Juez o Notario— en su extinción; por ello no cabe eludir el depósito o consignación en favor de acreedores posteriores, que establecido por el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario, debe entenderse aplicable a los supuestos de opción.

Resolución de 7 de septiembre de 1982:

No admite la constatación por nota marginal, por analogía con el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, del ejercicio unilateral por el optionario de la opción de compra, distinguiendo:

«Tal como aparece regulada en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, la inscribibilidad del derecho de opción, es indudable que no apare-

del poder de representación por plazo cierto», que emplea para calibrar precisamente la opción de compra acompañada de poder irrevocable, bien que sin funciones de garantía. Sin embargo, es el Registrador, según creo y luego se verá, quien ha leído el libro con más detenimiento. Lo mismo podría pensar CÁMARA, a tenor de las observaciones que sobre él realiza, *ob cit.*, págs. 40 y sigs.

(3) Comentada por M. AMORÓS GUARDIOLA *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado publicadas en la «RCDI», años 1969 a 1982*, CEH, Madrid, 1987, página 1165.

ce prevista la posibilidad de acceso directo del ejercicio positivo de la opción por el optante derivada de esta clase de contrato y que no ha originado todavía una modificación jurídico-real en tanto no se dé cumplimiento a la obligación por ambas partes.»

«Supuesto radicalmente distinto sería aquel en que, pactada la opción como derecho real por voluntad expresa y suficientemente documentada de las partes al amparo del sistema de *numerus apertus* contenido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, se hubiese previsto que la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública fuera suficiente para que quedase perfeccionada la compraventa y consumada la tradición.»

Resolución de 28 de septiembre de 1982:

Se plantea la cancelación de los derechos reales, cargas y gravámenes extinguidos como consecuencia de la consumación del derecho de opción, cuestión que habrá de solucionarse aplicando los principios generales, en especial los hipotecarios, y la doctrina del Tribunal Supremo, y así «habrá de encontrarse el procedimiento adecuado teniendo en cuenta todos los intereses en juego, así como las soluciones establecidas para otros supuestos, como las contenidas en el artículo 10, 7.º, de la Ley Hipotecaria o en el artículo 175, 6.º, del Reglamento Hipotecario, y, sobre todo, en el artículo 235, 9.º, del mismo texto legal —concordante en este aspecto con la regla 17 del artículo 131 de la Ley—, en donde se establece que dado el significado liquidatorio que caracteriza el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, el sobrante después de pagado el crédito y los gastos de procedimiento se depositará a disposición de los titulares de derechos reales posteriores en un establecimiento público destinado al efecto».

Resolución de 29 de enero de 1986 (4):

La cita de esta resolución obedece más a un prurito de agotamiento que a su trascendencia en el tema que nos ocupa, ya que versaba sobre la propiedad o impropiedad de la palabra «caducidad» empleada, y sobre que estipulado que el pago de la prima por la concesión de la opción, a realizar por plazos, formaría parte del precio de la venta, se discutía si pagado un plazo —y, por tanto, parte del precio de la compraventa— debía o no entenderse ejercitada la opción.

Resolución de 10 de junio de 1986:

Se enfrenta con un supuesto de opción de compra en garantía de un préstamo que se articula de manera que la opción queda sujeta a la condición suspensiva de impago de la deuda, acreditándose tal hecho mediante acta notarial, en la que la entidad acreedora consigue el saldo deudor con referencia a sus libros de contabilidad. Es de resaltar, aunque no trasluciera después en el recurso, que no se preveía la oposición del deudor a dicha acta ni, por otra parte, el ejercicio unilateral por el optan-

(4) Comentada por T. P. RUANO BORRELLA, en RCDI, núm. 573, marzo-abril 1986. También debe verse de este autor: «Inscripción del derecho de opción. Aspecto sustantivo y aspecto registral», en RCDI, núm. 576, septiembre-octubre 1986.

te, entidad bancaria, sino que éste «podrá comunicar su deseo de ejercer la opción de compra mediante acta notarial».

La Dirección General, partiendo de este considerando: «que este recurso plantea la cuestión del alcance de la prohibición de pacto comisorio y, en concreto, si es posible constituir sobre un bien inmueble una garantía que consista en atribuir al acreedor la facultad de adquirirlo (derecho de opción) en el caso de que el deudor no cumpla a su debido tiempo la obligación garantizada (la cantidad debida pasaría a ser el precio de la compra)», resuelve con abundancia de argumentos la prohibición de pacto comisorio en nuestro Derecho.

Resolución de 10 de abril de 1987:

El supuesto de hecho era complejo, y conviene exponerlo con algún detalle porque se corre el peligro de extraer conclusiones desafortunadas. Una sociedad «vende» a otra dos solares; como contraprestación aquélla podía optar —pactándose así y solicitándose su inscripción— alternativamente por su precio o por determinados locales y viviendas a construir sobre aquéllos o parte de aquél y parte de éstos. El cumplimiento de su obligación por la sociedad compradora se garantiza, además, con condición resolutoria.

Ejercitada la opción por la sociedad transmitente sobre los locales y las viviendas, con intervención de la sociedad adquirente, se alega por el Registrador la necesidad de consignación (arts. 175, 6.º, y 180 del Reglamento Hipotecario) y mandamiento judicial (arts. 83 y 84 de la Ley Hipotecaria y 174 y 180 del Reglamento Hipotecario) para la cancelación de las anotaciones practicadas con posterioridad sobre aquellas fincas.

El Centro Directivo comienza: «Para resolver las cuestiones planteadas conviene precisar que en el Registro aparece inscrito, en favor de la entidad que transmitió los solares, un derecho de adquisición que a todos los efectos legales ha de presumirse que existe y que pertenece a su titular en los términos que resultan del asiento respectivo. Es, por tanto, extemporáneo plantear ahora si el derecho de adquisición, tal como resulta del Registro, debió o no inscribirse. Pero conviene en este caso precisar que no podría haber sido suficiente para negar la inscripción, dado nuestro sistema de *numerus apertus*, el que el derecho de adquisición no responda exactamente —como, sin duda, sucede— al tipo previsto en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario».

Ejercitada la opción en tales términos, nada hay que consignar por la entidad optante, puesto que con la entrega de los solares su prestación estaba agotada y los derechos embargados quedan, en consecuencia, extinguidos, por lo que procede inevitablemente la cancelación de las anotaciones preventivas sin necesidad de mandamiento judicial.

CABE LA PRORROGA DE LA OPCION DE COMPRA INSCRITA, ANTES DEL TRANSCURSO DEL PLAZO DE VENCIMIENTO, POR UN NUEVO PLAZO MAXIMO DE CUATRO AÑOS, COMPUTADOS DESDE LA FECHA DE LA NUEVA ESCRITURA, PERO TAL PRORROGA NO PERJUDICARA LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL INTERMEDIO POR TERCEROS (RESOLUCIÓN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1987. «BOE» DE 14 DE OCTUBRE).

Hechos.—I. En escritura otorgada ante el Notario recurrente el 23 de febrero de 1985, don Laurentino Ballesteros Ballesteros y su esposa prorrogaron durante cuatro años el plazo concedido a don Jesús Cenizo Barreña, en escritura otorgada ante el mismo Notario el 7 de marzo de 1981, para ejercitar el derecho de opción a comprar una vivienda propiedad de los esposos.

II. Presentada la citada escritura de prórroga en el Registro de la Propiedad número 8 de Bilbao, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento con fecha 20 de mayo último, bajo el asiento 1.396 del diario 1 y número 2.113 del libro de entrada; retirado con la misma fecha de presentación y vuelto a presentar con fecha 26 del presente mes, se deniega su inscripción por el defecto insubsanable de que constituida la opción por el plazo máximo de cuatro años e inscrita en dichos términos, su prórroga —hipotecariamente— no parece posible por contradecir los términos del artículo 14 del vigente Reglamento Hipotecario.—Bilbao, 28 de junio de 1985.—El Registrador.—Firmado, Lorenzo Sarmiento Hueso».

III. El 10 de junio de 1985, los interesados otorgaron escritura aclarando que lo que se había pretendido hacer en la escritura antes referida era constituir un nuevo derecho de opción y no prorrogar el anterior, practicándose la inscripción el día 28 de agosto de 1985.

IV. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo, a efectos meramente doctrinales, contra la anterior calificación, y alegó: Que la cuestión consiste en determinar desde qué momento se debe contar el plazo de cuatro años que señala el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, cuando se ha prorrogado un derecho de opción que estaba vigente y se pretende que la prórroga acceda al Registro. Que se considera que se debe contar desde que se otorgó la escritura en que se instrumentó la prórroga y no desde que se constituyó, puesto que no se vulnera el plazo máximo de cuatro años; así, pues: 1.º En el caso contrario, se producen resultados absurdos, como que durante la vigencia de un derecho de opción no puedan los interesados, pretendiendo lograr un resultado lícito, ampliar el plazo de dicho derecho, manteniendo las demás condiciones, siendo la única solución la de constituir un nuevo derecho de opción; solución ficticia, porque cuando son idénticas las personas, las condiciones y el bien sobre el que se concede el citado derecho, variando solamente el plazo, lo que se constituye es una prórroga de dicho derecho. 2.º El último párrafo del artículo 144 del Reglamento Hipotecario rechaza la posibilidad de prórroga «tácita o legal» del derecho de opción, pero no la «voluntaria expresa», que la admite *a sensu contrario*, y aunque dicho párrafo se refiere al ámbito del contrato de arrendamiento, puede ampliarse a otros casos. 3.º La Compilación de Navarra, que es el único texto legal español que contempla la prórroga del derecho de opción en sí

mismo considerado, en la Ley 461 limita la prórroga tácita y no se refiere a la voluntaria expresa, pareciendo que da por supuesto que dicha prórroga es posible y más cuando está admitida en el párrafo segundo de la misma Ley, en el caso que el derecho de opción vaya anejo a un contrato que se prorroga.

V. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que la nota de calificación, sin entrar para nada en cómputo de plazo alguno, lo que viene a decir es que la prórroga es imposible por impedirlo una norma legal: El artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Que la escritura calificada solamente dice cuándo termina el plazo de la prórroga y nada dice que haya de contarse desde la escritura de prórroga, pues si lo hubiese dicho así, haciéndose constar en la inscripción, hubiera podido practicarse ésta, salvando los principios hipotecarios. Que la doctrina más autorizada interpreta con máxima dureza la limitación de plazo que hipotecariamente ha de imponerse a la opción inscribible. Que gramaticalmente «prorrogar» significa «continuar un plazo por tiempo determinado» y una opción inscrita por cuatro años no puede «continuar»; se puede pactar una opción nueva, quedando claro el asunto para terceros. Que las partes son libres para acogerse o no en la opción al juego hipotecario, pero si se acogen a él, mediante la inscripción, han de seguir sus reglas inexorablemente; así, pues, hay pactos válidos *inter partes* que no pueden tener acceso al Registro, como sucede en los casos de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 1955 (*sic*) y Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1955 y como sucede con la prórroga de la opción cuando se prorroga el arriendo que la sustenta. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1950, 17 de mayo de 1954 y 21 de noviembre de 1963, entre otras. Que en caso de prórroga de una opción es difícil determinar si los efectos registrales son *ex tunc* o *ex nunc*, y la calificación emitida, en base al principio de especialidad, sólo ha permitido la inscripción de una nueva opción, con efectos *ex nunc*, dejando resuelta la problemática teórica que se hubiese producido, de seguir la tesis del recurrente, teniendo en cuenta la existencia de un embargo vigente sobre la finca objeto de la opción. Que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario sólo habla de prórroga «tácita o legal» del arriendo, pero no de la opción subsidiaria al mismo, siendo poco adecuado técnicamente sacar de ello consecuencias a *sensu contrario*. Que la regulación que la Ley 461 de la Compilación de Navarra hace de la opción significa que el sistema es distinto al Derecho común y la única consecuencia que se puede deducir es que el legislador, cuando quiere permitir una prórroga, lo dice expresamente.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao confirmó la nota del Registrador, fundándose principalmente en el párrafo tercero del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, que, aplicando el criterio del artículo 3, 1.º, del Código Civil, establece un único y máximo plazo de cuatro años para el ejercicio de la opción, y que: a) no puede prorrogarse más allá de esa duración; b) cabrán prórrogas sólo cuando la duración del cómputo de ellas, reunidas o sumadas, no rebase ese plazo, y c) el plazo es de caducidad.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 4, 434, 981, 1.255, 1.503 y 1.537 del Código Civil; 2, 10, 17, 32, 34, 37, 38, 115 y 144 de la Ley Hipotecaria; 461 de la Compilación de Navarra, y 14 del Reglamento Hipotecario.

1. En el presente recurso se cuestiona si estando próxima la extinción de un *derecho real de opción*, puede prorrogarse este derecho, de forma que entre el periodo originario y el de prórroga se traspase el límite de cuatro años marcado por el artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

2. Ante todo, debe señalarse que en ningún caso la modificación de un derecho inscrito —se rebase o no, en el caso, el plazo de los cuatro años— puede hacerse valer contra terceros adquirentes de buena fe que hayan registrado sus respectivos derechos con anterioridad a la consignación registral de aquella modificación (arts. 10, 32, 34, 37, 38, 115, 144, etc., de la Ley Hipotecaria); de donde se desprende que, en caso de solución positiva, el ejercicio del *derecho de opción* en el período ampliado deja a salvo los derechos adquiridos e inscritos entre la constitución originaria de aquél y su prórroga.

3. Es indudable que el límite temporal que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario impone para la inscribibilidad del *derecho de opción* ni puede impedir que agotada la vigencia del primitivamente constituido y manteniéndose la legítima situación fáctica de imposibilidad o inconveniencia para verificar definitivamente la adquisición deseada, pueda establecerse una nueva opción —igualmente sujeta al plazo de cuatro años— entre los mismos sujetos sobre el mismo inmueble y con idénticas condiciones, ni puede imponer la espera a aquella caducidad o extinción por cualquier otra causa —renuncia— para la mera ampliación del plazo de duración sin rebasar los cuatro años, a contar desde el día en que se estipula el nuevo plazo, máxime si se tienen en cuenta las consecuencias desfavorables que puedan resultar del principio de prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria) (en esta segunda hipótesis, la coexistencia de ambos periodos permite que la adquisición efectuada por el optante en el período de coincidencia goce de la prioridad ganada y evita que los gravámenes constituidos en dicho período de coincidencia o después gocen de preferencia sobre la adquisición verificada en el periodo ampliado).

4. Efectivamente, el que las exigencias estructurales en la configuración de los *derechos reales* (libre circulación de bienes, exigencia de justificación racional en la creación de gravámenes, no amortización ni infundado entorpecimiento de las posibilidades económicas de aquéllos, etcétera), puestas en conexión con la finalidad a que atiende el derecho de opción impongan la necesaria limitación de su dimensión temporal no puede llevar a posiciones en exceso rigoristas que, so pretexto de aplicación del mandato reglamentario aludido y transgrediendo sus propios términos, recorte injustificadamente la autonomía de la voluntad e impida la adecuada satisfacción de los legítimos intereses concurrentes, y sin que por ello quepa admitir soluciones por las que se pretenda dar cobertura jurídica a fines claramente contrarios al ordenamiento vigente —opción en garantía de créditos—.

5. La ponderada aplicación de los principios básicos en la materia y una adecuada valoración de las circunstancias del caso contemplado han de guiar la búsqueda de soluciones equilibradas en una materia como la de derecho de opción, huérfano de legislación específica.

6. El artículo 14 del Reglamento Hipotecario señala la duración máxima que en el momento de su nacimiento puede estipularse para el *derecho real de opción* —a fin de lograr su inscripción—, pero no cabe deducir de esta fijación un obstáculo jurídico para que dicho gravamen pueda ser modificado de modo que subsista en favor del mismo sujeto y con

idénticas condiciones, pero durante un período superior, a través de sucesivas renovaciones que dejan siempre a salvo los derechos de terceros adquirentes. Se trata de dos cuestiones distintas —así lo confirman para una hipótesis similar al artículo 400, 2.º, del Código Civil, que si bien rechaza el pacto de indivisión por más de diez años, admite la indivisión por período superior mediante sucesivos pactos—, quedando la segunda cuestión —la de la posible ampliación del plazo en momento posterior— al margen del precepto reglamentario citado, de modo que para su resolución habrá de estarse, a falta de preceptos específicos y aplicables por analogía, a los principios generales y, en particular, el de libertad de estipulación (artículos 1.255 del Código Civil y 2 de la Ley Hipotecaria), el de interpretación estricta de las leyes excepcionales (art. 4 del Código Civil), el de presunción general de buena fe (art. 434 del Código Civil), el del favor *negotii*, los cuales conducen a la respuesta afirmativa por cuanto que lo que se pretende limitar es la dimensión temporal de cada acto de gravamen en particular, por lo mismo que no se excluye que el bien pueda estar indefinidamente gravado por un derecho del mismo tipo a consecuencia de sucesivos actos dispositivos enlazados entre sí; lo primero, para no restringir excesivamente la libre circulación del bien, y lo segundo, como manifestaciones de este libre tráfico.

7. Por tanto, debe admitirse la prórroga ahora discutida, cuya denominación de prórroga es correcta en cuanto explica que *se trata de una simple ampliación de la duración del derecho real*, que sigue, por lo demás, idéntico. Lo que no significa que tal prórroga, como cualquier otro acto de disposición modificativa o traslativa de éste u otro *derecho real* o del dominio, pueda tener efectos retroactivos en perjuicio de terceros, ya que, por el contrario, han de dejarse a salvo los derechos de éstos de acuerdo con nuestros principios hipotecarios.

No cabe invocar en contra el que la prórroga de una anotación y, en concreto, de la de embargo, determine que la anotación prorrogada produzca efectos *ex tunc* frente a los terceros adquirentes, es decir, que produzca efectos desde la fecha de la anotación inicial y no desde la fecha de la anotación de prórroga. Porque en tal prórroga no hay un acto de disposición modificativa del derecho anotado, sino que lo que acontece es un simple acto de ejercicio por su titular de una de las facultades que, desde el principio, integran, conforme a la Ley, el contenido ordinario del derecho anotado o un simple desarrollo de las posibilidades de este derecho. Indudablemente, la solución, frente a los terceros, no puede ser la misma si la prórroga no es ese simple desarrollo de las facultades o posibilidades connaturales al derecho, sino un acto modificativo de las mismas al variar el alcance inicial del derecho inscrito, ya por ampliar la duración que, por naturaleza, tendría el derecho (como ocurriría con los derechos de usufructo, uso, habitación u otros), ya por ampliar el término a que por el título constitutivo estuvieron específicamente sujetos los derechos. En estos supuestos, la prórroga, como cualquier otro acto de disposición modificativa, sólo puede tener, frente a terceros, efectos *ex nunc*.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 30 de septiembre de 1987.—El Director general, *Mariano Martín Rosado*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao.

(BOE, 14 de octubre)

COMENTARIO.—VI. 2. El primer aspecto que interesa comentar es el que propiamente deriva de la calificación del Registrador desarrollada después en el informe y que puede resumirse así: el pacto de irrevocabilidad unido al poder revela que está conferido en interés ajeno al del poderdante, esto unido a la inexistencia de terceros hace concluir en que no existe representación; en consecuencia, la actuación debe ser ratificada por el titular registral.

Parece llevar el Registrador a consecuencias maximalistas las tesis de Díez-PICAZO. Este, partiendo de la idea de que por «interés» tutelado por la representación se entiende «el asunto o negocio que por la representación se gestiona», estima: «parece claro que si en la representación existe un interés del representante o un interés de un tercero, ello significa que el asunto gestionado es en realidad suyo»; la utilización del mecanismo representativo obedece bien a un negocio simulado o bien a un negocio fiduciario, pero no hay verdadera representación, y habrán de ser aplicadas las reglas propias de dichos tipos de negocios (1).

Sin embargo, si no decaemos hasta entender exclusivamente por interés propio del apoderado aquello que pueda reportarle algún beneficio, no cabe duda de que a éste interesa tanto la venta de la finca como la liquidación de la deuda, mírese como se mire la opción pactada (2). El hecho de que en el asunto gestionado estén asimismo interesados el mandatario o un tercero, no parece razón suficiente para excluir que se gestione un negocio de aquél. Pero aun cuando así sea, no puede de ahí seguirse que puesto que no hay mandato, no hay representación. Una cosa es que el poder no sea abstracto y otra muy distinta que sólo pueda haber poder donde haya mandato.

En el fondo, la representación es un fenómeno cuasi físico, fenómeno representativo se dice: actuar en nombre de otro. Ello explica las dificultades para calificar como tal el *agere in proprio nomine*, la representación indirecta en la que aquel fenómeno no aparece manifiesto. La exteriorización de la representación, y también la habilitación para la exteriorización, es el poder. Ni siquiera un hombre tan reacio a mancillar la gestión del interés propio del mandatario con intereses espúreos, como es Díez-PICAZO, quien vuelve a afirmar (3): «la relación representativa entraña siempre una actividad de gestión que se realiza siempre en interés del representa-

(1) *Ob cit*, págs. 52-53.

(2) En este último aspecto recuerda al mal llamado mandatario designado por el deudor para que en el procedimiento extrajudicial lo represente en la venta de la finca (art. 235 del Reglamento Hipotecario). Así lo hace la Dirección, fundamento cuarto, no para asimilarlos, sino para recordar las restricciones impuestas en nuestro Derecho a las liquidaciones extrajudiciales. Existen notables diferencias de contenido de facultades entre una y otra figura, pero aun cuando se entendiera que no existe relación subyacente alguna por no venir el «mandatario» obligado a nada respecto del mandante, sí existe, en cambio, poder. Así, CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 47.

(3) *Ob cit*, pág. 306. CÁMARA diría que «la preocupación de Díez-PICAZO por explicar unitariamente la actuación representativa le lleva a no ser demasiado puntilloso a la hora de distinguir mandato y poder (aunque conceptualmente acepte la distinción)» *Ob. cit.*, pág. 202.

do (escribe 'representante', pero es un evidente error mecanográfico). Si esto es así habrá en el caso examinado —representación en interés del representante— otra cosa, pero no verdadera y auténtica representación, puede dejar de concluir: «para eludir la dificultad, puede acudir al concepto de autorización, sirviéndose en la práctica formalmente de un poder de representación».

En efecto, el artículo 1.259 del Código Civil dice que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado...», sin que realice distingos en función de las razones que hayan movido a otorgar esa autorización; por ello afirmar que existe poder y no existe representación es una contradicción en sus propios términos, que deriva de asimilar inconscientemente mandato y representación.

En realidad, al Registrador, aunque lo utilice para escandalizarse del interés gestionado, no le preocupa tanto como dice el pacto de irrevocabilidad; de hecho, llega más lejos que su maestro, pues admite que los poderes otorgados en base a «una relación jurídica subyacente entre el poderdante y el apoderado o un tercero en la que se incardina como parte integrante de la misma la concesión de un poder irrevocable» son «esencialmente irrevocables, sin que sea necesario pactarlo»; «pero lo que ocurre es que no hay representación», esto es, nuevamente, mandato (4). Y, desde luego, a quien no preocupa absolutamente nada es a la Dirección General, quien si utiliza en el fundamento cuarto el calificativo «irrevocablemente», como adverbio de modo, es con la vana esperanza de aparentar un hilo de congruencia.

No parece que pueda decirse que el poder conferido por el concedente de una opción a un tercero para que concurra con el optante al perfeccionamiento de la venta sea irrevocable por naturaleza, pues el negocio principal no se resiente, en principio, por la alteración de la persona que vaya a consumarlo; ahora bien, en el caso resuelto puede ello predicarse del poder, bien sea como incardinado en una operación de garantía, bien, en todo caso, por formar parte del entramado de una escritura sinalagmática cuya modificación necesitaría del consentimiento de ambas partes (artículo 1.256 del Código Civil).

Pero es que, además, lo que resulta obvio es que la discusión sobre la procedencia o improcedencia, o sobre la propia validez del pacto de irrevocabilidad, no puede derivar en la inexistencia del poder. La inexistencia del pacto de marras en el supuesto que comentamos no hubiera hecho variar ni un ápice la cuestión resuelta ni, desde luego, la postura del Centro Directivo. La trascendencia a efectos registrales del pacto de irrevocabilidad se verá cuando se pretenda su eficacia real, no obstante la revocación producida —lo que no parece el caso, no obstante las faltas imputadas al Notario autorizante—, o cuando se pretenda la constatación de la revocación, no obstante el pacto (5).

(4) DIEZ-PICAZO (*ob cit.*, págs. 304 y sigs.) no se plantea la distinción entre mandatos y poderes irrevocables por naturaleza. Entiende que, como norma general, el pacto de irrevocabilidad sólo genera efectos obligacionales (indemnización de daños, pretensión al otorgamiento de un nuevo poder); tan sólo sería admisibles efectos reales en el caso de que el poder tendiera a asegurar efectivamente el interés del representante, si bien en estos casos no hay propiamente representación, tan sólo podría hablarse de «autorización». En el primer caso, el pacto de irrevocabilidad no se convierte en real respecto de terceros, pues perderán su condición de buena fe en el momento en que tengan conocimiento de la revocación, por lo que tan sólo se impone una mayor diligencia en la notificación de ésta.

(5) Obviamente, en el Registro Mercantil, como fue el asunto que motivó la Resolución de 29 de octubre de 1987; inscrito un poder como irrevocable, el principio de salvaguardia jurisdiccional de los asuntos registrales y la presunción de exactitud y validez de su contenido impiden la registración

Las verdaderas preocupaciones del Registrador proceden de su presentimiento de la relación subyacente por los datos de que está en posesión cuando reclama la ratificación del titular registral: «si el apoderado del concedente representa a alguien es al optante en cuyo nombre compareció en la escritura de constitución de opción-poder irrevocable, y asimismo en su nombre comunicó al concedente-titular registral su intención de ejercitar la opción de compra», lo que hace afirmar sin paliativos que «en el caso que nos ocupa no hay terceros».

Que el poder se confirió a un tercero extraño a la opción de compra y que el optante era un tercero respecto de la relación representativa era una mera cuestión de número; que uno y otro fueran «protegidos» respecto de la relación de la que formaban parte (6) era claramente una cuestión de Juez. La Dirección General, sin detenerse aquí ya en componendas, califica, desde luego, el asunto como apoderamiento concedido a un tercero, aunque los psiquiatras dirían que el influjo subliminal es ostensible.

No debe olvidarse el peso, en el informe del Registrador, del intento de coherencia con una calificación producto de una corazonada bastante justificada. Escogió probablemente el camino más sincero, y por ello el más difícil.

A mi juicio, dos vías se le abrían para intentar con éxito la defensa de su posición. En primer lugar, la autocontratación, que puede verse al observar globalmente el largo tracto del *iter* negocial; no es difícil entender que una sola voluntad maneja, «representa», dos patrimonios de encontrados intereses. Es vía dificultosa por bordear los juicios de valor y topa posiblemente con la autocontratación tácita (7), pero practicable.

El segundo camino es la denuncia de extralimitación en el ejercicio del poder; más adelante habremos de ocuparnos de la naturaleza de la opción en garantía y habrá de verse esto con más detalle, pero por ahora baste decir que, en términos estrictamente formales, el nacimiento del derecho del optante pende de la liquidación de la deuda, para la que el apoderado no aparece en este caso expresamente facultado. Bien es verdad que este camino sólo puede practicarse una vez destapada la relación subyacente; en la escritura de constitución de la opción —por mor de un celo ocultista que hace más incongruente la aportación del documento privado— no se impone ninguna condición al nacimiento de aquélla, sino que simplemente se estipula que no podría «formalizarse la compraventa hasta después de transcurrido un año de la fecha de otorgamiento», con las peligrosas consecuencias para el deudor que son fáciles de deducir.

Aún queda una tercera posibilidad para deshacer la operación. Es el camino más difícil porque atiende no a la consumación del negocio de

de la revocación otorgada unilateralmente por el concedente, sin entrar en si «en función de la íntima interdependencia que la admisibilidad de la irrevocabilidad guarda respecto de la relación negocial subyacente, debió ésta expresarse en la escritura de poder, ser calificada y, en su caso, trascender al asiento» En el caso que se comenta, la quebra del poder procede, en el sentir de la Dirección, no de su ejercicio, sino de su nacimiento Desde luego, la aparición del documento privado ha desnaturalizado el supuesto, pero las reticencias del Registrador expresadas en su calificación, antes que aquél trasvinara, debieron ser opuestas en el momento de inscribirse la opción de compra con su anejo de poder irrevocable De no haber mediado recurso, ello hubiera provocado seguramente el desistimiento de la inscripción de la total operación de garantía, de efectividad entonces más que dudosa.

(6) Para ser, en sentido riguroso, un tercero protegido es menester que el que pretende la protección sea una persona ajena al círculo de intereses a que se refiere el asunto gestionado.» DÍEZ-PICAZO, *ob cit.*, pág. 140

(7) Dudoso para la doctrina. DÍEZ-PICAZO, *ob cit.*, pág. 211, cree que se puede admitir una tal voluntad No parece, desde luego, haber grave dificultad en admitirla cuando el poderdante conoce perfectamente la situación de conflicto de intereses con el apoderado en el momento de conferirle el poder.

apoderamiento, sino a su génesis; no a la forma, sino a la sustancia. Es la vía de los límites a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil). Es la vía de la Dirección General.

VI. 3. El argumento del Centro Directivo es lineal: la utilización del derecho de opción con fines de garantía constituye un pacto comisorio prohibido en nuestro Derecho —en el punto siguiente veremos esta asimilación realizada por la Resolución de 10 de junio de 1986—; la presente se limita a dar un paso más: «esta prohibición no sólo impide al deudor conferir al acreedor la facultad, en caso de impago, de adjudicarse el mismo las cosas dadas en garantía, sino que también impide, obviamente, conferir esa misma facultad, de adjudicación al acreedor, a un tercero».

Probablemente, la solución de la Dirección en el caso que nos ocupa sea la razonable, pero sinceramente la generalización no me parece en absoluto obvia. De hecho, la intervención de un tercero en el momento de la adjudicación se ha considerado históricamente suficiente para excluir el pacto comisorio; se trata del llamado pacto marciano, por virtud del cual si al vencimiento de la obligación el deudor no paga, el acreedor hará suya la cosa previa justa estimación, esto es, *rem iusto pretio tunc aestimandum*, inclinándose hoy mayoritariamente la doctrina por interpretar el *tunc* como referido al momento de la adjudicación y no al momento de convenir el pacto.

La propia Ley de Partidas (Partida V, título 13, Ley 12), que es citada por la resolución de referencia como expresiva de la prohibición del pacto comisorio en nuestro Derecho histórico, viene a admitir el pacto marciano: «si el pleito fue puesto de guisa que si el peño non le quitase fasta día cierto el que lo empeñó, que fuese suyo vendido, e del otro comprado, por tanto precio, quanto le apreciaren omes buenos; tal pleito decimos que valdría».

Esta fórmula, en unión de otras que mitigan el rigor del pacto comisorio, ha sido admitida por la moderna doctrina. Así, IRURZUN GOICOA (8): «En todo caso, el pacto comisorio prohibido sólo debe verse cuando el acreedor se atribuye la propiedad de la cosa por su propia autoridad, por su libre y autónoma determinación, y se la adjudica en forma total, plena e irrevocable en caso de incumplimiento del deudor, sin ninguna notificación a éste, sin ningún trámite dilatorio, sin compensación por la hyperocha. Cuando la hyperocha se salve o pueda darse al deudor medios para defenderla —como en el pacto marciano—, el pacto comisorio puede ser admitido como lícito» (9).

Desde luego, la asimilación del caso resuelto por la Dirección al pacto Marciano tiene un punto de enorme debilidad: la fijación anticipada del «precio» de las fincas dadas en garantía. Se ha escrito: «Es requisito indispensable para que pueda hablarse de pacto marciano válido que la estimación o fijación del valor del bien se efectúe a partir del incumplimiento por el deudor, de tal suerte que una atribución condicional del bien al acreedor eventualmente insatisfecho por un 'valor preestablecido', debe reputarse pacto comisorio prohibido» (10).

Curiosamente, pues, lo que desnaturaliza la operación es precisamente

(8) «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1965, tomo II, pág. 46.

(9) Hay autores que incluso parecen limitar el pacto comisorio a la pura rapiña. Así, GUILARTE ZAPATERO, que admite el acuerdo por el que incumplida la obligación, el acreedor se dé por pagado apropiándose de la cosa. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XXIII, páginas 366 y sigs.

(10) MAS ALCARAZ, Celestino: «El pacto comisorio», en *Estudios ..*, cit., tomo II, pág. 74.

la intervención del titular registral, en unión del tercero apoderado, en la fijación de la cifra de estimación. Sin embargo, la atribución de tal facultad al tercero, más pura dogmáticamente hablando, hubiera hecho arrear las sospechas sobre su actuación si es que quedaba alguna por aparecer. No debe olvidarse, además, que el mismo Código Civil (art. 1.447) admite que el señalamiento del precio en la compraventa «se deje al arbitrio de persona determinada», y aunque la doctrina duda, bien puede pensarse que el negocio jurídico no se halla íntegro mientras no se produzca la fijación.

Es verdad que dice muy poco en pro de la libertad de movimientos del deudor que las cifras del precio y del crédito subyacente coincidan, y que coincida igualmente la parte de precio que se dice entregada con la anticipación de los intereses anuales, pero objetivamente su fijación en tal momento no parece obstáculo insalvable. Primero, porque la experiencia enseña que en situaciones de precrisis son los acreedores quienes aceptan cualquier valoración del deudor en su huida despavorida de la situación concursal. Segundo, porque, hoy por hoy, los bienes se desvalorizan escandalosamente en las subastas públicas, y además, y por ello, porque el deudor es consciente de que puede verse privado del bien sin defensa, incluso pudiera ser el caso sin voluntad de defensa, pero de que con esa pérdida queda totalmente liberado de su deuda, lo que no puede decirse de la mayoría de las ejecuciones típicas.

El problema, pues, debe abordarse de frente: ¿sería admisible que los interesados en la obligación encomendaran a un tercero la determinación sobre su cumplimiento o incumplimiento, así como la materialización de las consecuencias que de uno u otro hubieran de derivarse? (11).

En primer lugar, se dice que el negocio jurídico debe ser susceptible de esa intervención del tercero, esto es, no debe ser *extra commercium*. Claro es que la disponibilidad se predica del negocio en sí mismo, no del arbitrio; ello quiere decir que si el negocio jurídico pudo ser concluido por el principal, por no ser contrario al orden público o indisponible, cabe que su integración se encomiende a un tercero. No hay disputa en la doctrina sobre la licitud de la dación en pago —acuerdo solutorio de deudor y acreedor—, posibilidad que no puede ser anulada porque tuviera su antecedente en el compromiso del deudor de realizarlo, pero que en ningún caso puede retrotraer sus efectos a la fecha de éste, sino que inicia en sí mismo la eficacia real, y a salvo, en su caso, exigencias de igualdad de acreedores en situación colectivas y paritarias de crisis.

El inevitable impulso visceral a la negativa, en asunto tan delicado como el resuelto, debe matizarse cuando el Código Civil (art. 1.115) admite que la condición a la que se halla sometida la obligación dependa de «la voluntad de un tercero», lo que quiere decir —porque no puede interpretarse de modo que se refiera tan sólo a las condiciones casuales— tanto como someter a la voluntad de un tercero el cumplimiento de una obligación; como mínimo, no se opone al artículo 1.256 del Código Civil («la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»), si nos pareciera demasiado fuerte una interpretación de éste a *sensu contrario*.

No obstante, bien puede decirse que una cosa es el arbitrio del tercero y otra el poder de representación, que al tercero puede corresponder

(11) Sobre todo lo que a continuación se dice, debe verse Díez-Picazo: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957.

pronunciarse sobre el cumplimiento o incumplimiento de una obligación, pero no desatar las consecuencias, y que en cualquier caso esa decisión del tercero está sujeta a impugnación cuando no se haya atendido a las instrucciones de las partes o haya faltado a la equidad. Evidentemente, pero es que para buena parte de la doctrina científica el arbitrio constituye una forma de mandato (12) —sin entrar ahora en discernir hasta qué punto ejercita una decisión propia o unas instrucciones ajenas—, y así puede constituir con facilidad la relación subyacente del negocio de apoderamiento, y, por otra parte, no se ve que atente a los límites fijados por el artículo 1.255 del Código Civil el que las partes prevean con antelación las consecuencias de la decisión del tercero y le atribuyan el «poder» de imponerlas. Si formalmente el tercero-apoderado se atiene estrictamente a los términos del poder expresivo del consentimiento anticipado, parece que el tema de la impugnación queda ajeno a la calificación registral.

No puede utilizarse como argumento en contra el hecho de que el poder aparezca otorgado por una sola de las partes interesadas en la intervención del tercero; precisamente la destemplada reacción del Centro Directivo deriva de ver sin más al tercero como *alter ego* del acreedor, influjo al que no es posible sustraerse, pero que puede arrastrar consecuencias registrales parciales.

Tampoco se debe olvidar que una situación objetiva de conflicto de intereses no excluye su solución por medio de tercero; incluso pudiera decirse que es su medio natural; tan sólo cuando ese conflicto devenga litigio —o incluso pudiera admitirse la amenaza de tal— habría de someterse a las prescripciones del arbitraje (13), y aún en este caso un sector doctrinal tiende a reconocer *prima facie* efectos obligatorios al acuerdo y determinación por el tercero, mientras no sean controvertidos (14). La base la sustenta el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Privado: «El arbitraje, para ser eficaz, necesitará ajustarse a las prescripciones de esta Ley. Ello, no obstante, cuando, en cualquier forma, dos o más personas hubieren pactado la intervención dirimente de un tercero y hubiesen aceptado expresa o tácitamente su decisión después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos generales para la eficacia de un convenio».

En la escritura de constitución de la opción se había estipulado que cuando se ejercitase el derecho de opción y tuviese que formalizarse la escritura de compraventa, se pondría en conocimiento de los concedentes en su domicilio con diez días de antelación al otorgamiento de la misma. Según el informe del Registrador tal comunicación se realizó precisamente por el apoderado del concedente, como representante del optante, quien aparece así como verdadero árbitro del negocio —¿obedece a los dictados del prestamista o es reflejo de la concorde voluntad de las partes?—. En cualquier caso, diez días tuvo el prestatario para oponerse a la escritura de venta, pues no de otro modo puede interpretarse el plazo fijado en la escritura. Es sorprendente que no se sepa cuál fue la actitud del concedente ante el anuncio de realización de la garantía hecho por el tercero. Es tanto más sorprendente cuando hoy se ve consolidada la

(12) La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1933 declaró aplicable por analogía el artículo 1.719 del Código Civil a los amigables componedores.

(13) Así se deduce del artículo 2 de la Ley de Arbitraje Privado, en la interpretación de Díez-PICAZO: *El arbitrio* .. cit., págs. 59 v sigs.

(14) Para Díez-PICAZO, el supuesto hace tránsito a una mediación. *El arbitrio* , cit , págs. 81 y sigs.

importancia concedida por la Dirección General a la actuación del comprador frente al acta notarial instada por el vendedor, en ese supuesto peculiar del pacto comisorio que es la condición resolutoria.

Por último, cabe referirse al apoyo implícito que el Centro Directivo encuentra en la regulación del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Así debe entenderse y no cargar las tintas en la posible asimilación de los terceros intervinientes. El llamado «mandatario» en el procedimiento extrajudicial (arts. 234, 1.º, y 235, 10, del Reglamento Hipotecario) constituye el paradigma del poder autónomo, no hay mandato ni ningún otro negocio jurídico subyacente, la facultad gestora está embebida en el poder (15); en cambio, el poder en la construcción que se quiere defender es la exteriorización de una relación subyacente de arbitrio, como especie de mandato.

La línea que parece sugerir la Dirección, de manera tan somera, es la de que las normas procesales típicas en la ejecución de las garantías son imperativas, son de orden público. No faltan, sin embargo, opiniones contrarias: «El artículo 1.859 del Código Civil sólo se refiere a la apropiación por el acreedor, pero no exige la necesidad de la intervención a través de sus órganos jurisdiccionales; entre los dos extremos —el de la apropiación automática de la cosa por el acreedor en virtud de su simple autoridad y el de la ejecución forzosa por los trámites rígidos y absolutamente inalterables de unos procedimientos de ejecución ante los órganos designados del Estado—, la escueta dicción del artículo 1.859 del Código Civil permite defender la posibilidad de medios de ejecución intermedios pactados por los contratantes, perfectamente diferenciados de los dos sistemas extremos» (16).

Tanto el artículo 129 de la Ley Hipotecaria como el 235 del Reglamento Hipotecario exigen que cuando se tramite el procedimiento judicial sumario o el extrajudicial habrán de seguirse necesariamente las reglas establecidas por los mismos, sin que puedan ser alteradas por convenio de los interesados; pero propiamente no prohíben que se excluyan dichos procedimientos de ejecución. De este modo se ha tratado de importar las ideas de BIANCA: «No existe en el ordenamiento una norma que prohíba a las partes derogar o excluir preventivamente los procedimientos de ejecución forzosa; la inderogabilidad de los mismos atañe exclusivamente al plano formal del ordenamiento procesal, en el sentido de que las partes, si recurren a los mismos, deben aceptarlos tal como son y no pueden modificarlos, pero pueden no utilizarlos y pueden, en fin, sustituir los expresados procedimientos ejecutivos con formas de liquidación del patrimonio del deudor de carácter privado» (17).

Es de recordar que cuando el Reglamento Hipotecario de 1915 reguló el procedimiento extrajudicial (18) —dando carta de naturaleza a decisiones jurisprudenciales—, lo hizo «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil». La frase fue interpretada en términos muy restrictivos por la Dirección General —Resoluciones de 20 de diciembre de 1922, 10 de octubre de 1928, 25 de agosto de 1933, 28 de junio de 1934 y 12 de septiembre de 1935— cuando se tratara de alterar los trámites reglamentariamente fijados, pero no se resolvió sobre la autonomía de la vo-

(15) CÁMARA *Estudios*, cit., págs. 46 y sigs.

(16) IRURZUN GOICOA *Estudio*, cit., pág. 39

(17) MAS ALCARAZ, *ob. cit.*, pág. 73.

(18) En torno a la polémica sobre este procedimiento, debe verse ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo IV, 2.º, págs. 1077 y sigs.

luntad en la creación de fórmulas privadas de ejecución. No hay que olvidar que en aquel momento el procedimiento no era aplicable en el caso de existir terceros, y la libertad de pacto tenía en esa inexistencia adecuado contrapeso.

Por ello puede afirmarse con cierta coherencia que cuando la reforma hipotecaria de 1946-1947, recogiendo los anhelos de MORELL Y TERRY (19), declara aplicable el procedimiento «aun en el caso de que existan terceros» y suprime esa libertad de creación, no viene a eliminar el artículo 1.255 del Código Civil sino en tanto en cuanto pueda afectar a extraños a los contratantes; esto es, sólo en el caso de existir terceros posteriores a la fórmula de ejecución prevista inter partes ésta dejará de ser eficaz si no viene nominada por el ordenamiento. Aquí radica, a mi juicio, la segunda carencia importante en el análisis global del recurso, pues nada se sabe de la situación registral de la finca objeto de la opción en garantía.

Debe, sin embargo, superarse la tentación de utilizar la Resolución de 10 de abril en apoyo de la libre creación de fórmulas de ejecución privadas aun existiendo terceros. Se ha transcrito ampliamente para justificar el desistimiento de esa idea. El trasfondo de la operación recalaba en una condición resolutoria en garantía de la recíproca prestación a que tenía derecho el transmitente de los solares: éste podía «optar» por una u otra prestación y su elección venía respaldada por aquélla. La imposibilidad de su elección le abocaba al ejercicio de la condición resolutoria con las consecuencias destructivas que son fáciles de colegir. El principio de conservación de los negocios pesa en la Dirección para dar carta de naturaleza a un «derecho de opción» que es una simple facultad de elección; sin embargo, quizá sobrra la peligrosa referencia al principio de *numerus apertus* de los derechos reales, cuando la propia resolución recuerda que el ejercicio de una condición resolutoria en garantía de precio aplazado no conlleva consignación ninguna, cuando nada se hubiera recibido hasta dicho momento.

Lo dicho queda dicho, aunque se le pueda tildar de más especulación que de convencimiento. El peligro comisorio es presumible cuando no palpable. El silencio del recurrente no aboga, desde luego, por la previsión de la construcción pretendida, pero no exoneraba a la Dirección General de enfrentarse a ella. Este no es un recurso gubernativo común; en el fondo, más que documentos, más que formas, se están analizando actitudes, y en llegando a este nivel cuasi-judicial me parece dudoso llevar la defensa de una parte más lejos de lo que ésta misma parece haber expresado.

VI. 4. Ya se ha dicho que el sostén de la presente lo constituye la Resolución de 10 de junio de 1986 —expresamente citada no sólo en el vistos, sino en el fundamento cuarto de Derecho— cuando equipara la opción de compra en garantía al pacto comisorio.

El argumento, pues, del Centro Directivo tiene una oración principal y una subordinada; a la subordinada se ha referido el apartado anterior; la principal dice que la opción de compra inscrita es nula por constituir un pacto comisorio prohibido en nuestro Derecho. La caducidad de la opción permite a la Dirección desconocer el principio, por ella tantas veces

(19) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo IV, págs. 156 y sigs. Es curioso constatar en contra de sus previsiones que la ruina del procedimiento extrajudicial no la viene a provocar su inaplicabilidad respecto a terceros, sino su inadecuación (cierre del art. 1.255 del Código Civil) a los intereses de las partes. Hasta la reforma hipotecaria citada he contado, s.e.u.o., 34 resoluciones de la Dirección General: después tan sólo dos las de 25 de enero de 1958 y 2^a de marzo de 1986, esta última comentada por M. CASERO MEJÍAS, en *RCDI*, núm. 576, septiembre-octubre 1986.

consagrado, de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1, 3.º, de la Ley Hipotecaria). La gravedad de la decisión le obligaba a ser más explícita, porque creo que la cancelación tenía grandes visos de defensa sin recurrir a la sustancia viciada.

Dando un paso hacia atrás, los términos de la asimilación pueden apre- ciarse estrictamente en la transcripción del primer fundamento de la Resolución de 10 de junio de 1986, que antes se ha realizado.

Tal equiparación ha sido objeto de crítica (20). Tal vez nuestro Centro Directivo fuera consciente de esa debilidad cuando se manifiesta con tér- minos más ambiguos en la Resolución de 24 de marzo de 1987: «Existe en nuestro ordenamiento la prohibición de pacto comisorio por el que se atribuye al acreedor la facultad de adquirir un bien del deudor como consecuencia del incumplimiento por éste de sus obligaciones»; porque efectivamente no se ve que la opción en garantía implique por sí «conferir al acreedor la facultad, en caso de impago, de adjudicarse el mismo las cosas dadas en garantía»; palabras éstas entrecorridas tomadas preci- samente del último fundamento de la resolución que se comenta.

TORRES LANA (21) estudia la opción en garantía como la «utilización atípica de un contrato atípico», recogiendo Sentencias del Tribunal Supre- mo —30 de noviembre de 1978 y 20 de mayo de 1986— favorables a su admisión, estructurada abiertamente su función de garantía sin necesidad de pacto de fiducia; alguna otra —25 de abril de 1972— que la ha decla- rado nula no lo ha sido por su causa, sino por razón de ser nulo por usura el préstamo garantizado que arrastra en su nulidad a la opción de compra por la naturaleza accesorio que en este caso tiene respecto del préstamo. El mismo destaca la distinta entidad coercitiva de la venta en garantía y de la opción en garantía. En la primera existe una compulsión al cumplimiento, en la segunda una reacción frente al incumplimiento. «Tampoco resulta muy lógico —concluye— que la venta en garantía que implica una transmisión previa, bien que sea fiduciaria, disfrute de un trato jurídico más favorable que el ejercicio de la opción frente a un incumplimiento ya producido.»

Sin embargo, es doctrina general y expresión de pura coherencia que en materia de negocios atípicos no cabe la analogía y que la causa sufi- ciente y lícita debe ser investigada caso por caso. *Prima facie*, la venta en garantía y la opción en garantía son negocios indirectos por haber en ellos la utilización de un tipo negocial con fin distinto al del propio tipo; y dentro del género negocio indirecto de la especie de los negocios fidu- ciarios: transmisión de la titularidad fiduciaria, formal, aparente, diría yo, de un bien afectado a una relación crediticia subyacente; claro es que si en la venta en garantía, la exteriorización formal pesa sobre el dominio y, por tanto, por naturaleza, la ostensibilidad se predica *erga omnes*, en la opción en garantía la titularidad fiduciaria exteriorizada se contrae a la facultad de agresión al patrimonio del concedente conferida al optante- prestamista; por ello, y si se prescinde de la posible sustitución por un tercero en la cualidad de optante, materia que de no preverse en el título de constitución es harto dudosa, nos movemos *inter partes*; la garantía no puede ya radicar en una apariencia que no existe para el concedente, de aquí la necesidad de mecanismos de compulsión de la voluntad del deudor.

(20) TORRES LANA, *ob cit* págs 65 y sigs

(21) *Ob cit*. págs 61 y sigs.

Mientras la relación subyacente siga escondida, mientras la apariencia sea la de un negocio típico, mientras se cumplan las exigencias de inscripción —especialmente por lo que ahora nos interesa el artículo 14 del Reglamento Hipotecario—, no cabe duda de que ambas formas negociales tendrán franca acogida en el Registro de la Propiedad. No hay ni pretexto para la discusión; sería tanto como discutir si una compraventa es inscribible. Problema distinto es el de si una vez descubierta su verdadera naturaleza —su función de garantía— conservan la «prioridad real» que obtuvieron por la inscripción.

Tratándose de la venta en garantía, el tema parece que queda constreñido a una línea judicial, hoy no consolidada, en el ámbito civil: respecto del adquirente, los terceros se verán protegidos por el principio de fe pública registral, salvo que no fueran merecedores de esa protección, en cuyo caso nos movemos *cuasi inter partes*; respecto del transmitente no caben por definición los terceros registrales. Son precisamente éstos, a quienes la apariencia ciega el camino, los que tratarán de destruir la eficacia real de aquélla.

«En contra de la dicha eficacia se puede aducir el carácter estricto de la enumeración de los créditos privilegiados al establecerse su clasificación y prelación (arts. 1.922, 1.923, 1.926 y 1.927 del Código Civil; arts. 914 y 918 del Código de Comercio, y art. 10 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria). En su favor cabe alegar que con la entrega de la cosa, sea real o simbólica, o con la inscripción de la venta en un Registro público, la separación de la cosa confiada se hace visible de modo no inferior al de la constitución de una hipoteca o de una prenda». La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1944 entendió la operación compleja como un verdadero negocio, del que «han de sacarse las consecuencias que correspondan a la voluntad de los contratantes, así en sus recíprocas relaciones como en las que pudieran interesar a terceros» (22).

Personalmente recelo de que la garantía de la apariencia subsista sin apariencia. No creo que, una vez hecha la luz, pueda asignarse mejor trato a la venta en garantía inscrita que a la no inscrita; de otro modo, se habría producido una cierta convalidación por la inscripción —en contra del artículo 33 de la Ley Hipotecaria—, inscripción obtenida, además, subrepticamente.

Por lo que hace a la opción en garantía habrá de estarse, entiendo, a la naturaleza jurídica del derecho de opción y a los propios arrestos del Registrador de la Propiedad, según a continuación se dice.

El problema es, pues, muy otro: es el de la inscribibilidad de los negocios fiduciarios típicos en el momento en que dejan de serlo; esto es, cuando pasan a ser negocios complejos, en los que la relación subyacente se exterioriza en el negocio de garantía cuya inscripción se pretende.

Tratándose de la venta en garantía es dudoso que la doctrina de aquella sentencia pueda utilizarse como argumento en favor de la inscripción. Una cosa es que el *pactum fiduciae* no sea ilícito y que, en consecuencia, una vez consumada la adquisición no pueda ésta impugnarse por inexistencia de causa, y otra muy distinta es la inscribibilidad de aquel negocio complejo. El negocio fiduciario vive del mundo de la apariencia; destruida la apariencia, se destruye el mundo. El acreedor obtiene la inscripción de la finca a su favor porque es «aparentemente» titular, y esa apariencia constatada registralmente permite la protección del tercero confiado. Pero

(22) Todo ello tomado de FEDERICO DE CASTRO. *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, págs 432 y sigs

una vez que la causa de fiducia se exterioriza, si hemos de ser congruentes con la superación de la teoría del doble efecto, se desvanece todo asomo de titularidad. Pudiera, en todo caso, pensarse que el negocio complejo otorga al acreedor alguna suerte de «compulsión real» sobre la finca constatable registralmente en términos tales que no sólo no cierre el Registro respecto a los actos dispositivos del fiduciante (?) —prestatario— o que contra él se dirijan, sino que esa compulsión del fiduciario (?) —prestamista— sea, a su vez, perseguible.

La construcción es sumamente difícil, como se constata en la Resolución de 30 de junio de 1987, de la que, dado que deberá ser objeto de específico comentario, baste decir en esencia que echa en falta en la venta en garantía el título que justifique la tradición, sin que ello prejuzgue la «titularidad real» que pueda haber provocado el negocio complejo, titularidad, desde luego, no inscribible porque ni está determinada ni puede ser inscrita como «propiedad», que es el nombre que se le quiere dar.

Aunque la Dirección General, quizá por reacción frente a los prejuicios tradicionalmente imputados a los hipotecaristas, haya pasado a ser la abanderada del progresismo en la libre creación de derechos reales, es de reconocer que en tratándose de derechos de garantía se encogen los ímpetus. Se respira en el conjunto de resoluciones que han ido apareciendo. Nadie puede dudar que toda garantía conferida a un acreedor es *plus quam* artículo 1.911 del Código Civil y, por consecuencia, *minus quam* artículo 1.911 para el resto de los acreedores. La restricción voluntaria del patrimonio por la vía de la afección real parece necesitar nombre legal, y la libertad se compadece mal con los límites del artículo 1.255 del Código Civil (23).

La peculiaridad de los negocios atípicos juega ahora en contra de nuestra natural tendencia al apriorismo; la inexistencia de transmisión dominical no puede operar como argumento para la exclusión registral de la opción de compra en garantía.

Se debe evitar la tentación de construir la figura simplistamente como una opción de compra sujeta a una condición suspensiva —tal como hacía la cláusula discutida en la Resolución de 10 de junio de 1986— o incluso una opción de compra en la que el ejercicio por el optante queda sujeto a condición suspensiva. No tanto porque tal obligación condicional será nula (art. 1.115 del Código Civil), cuanto porque es el cumplimiento de esa condición por el obligado lo que se asegura mediante el constreñimiento de su voluntad. Esto es, la opción de compra —como contrato autónomo, pero abocado, irremediamente para una parte, a la realización del negocio principal— se constituye como garantía de un crédito. La garantía de la venta es la garantía del préstamo; la realización de la garantía accesorio del préstamo incumplido se reduce, pues, a la declaración de la existencia de la opción de compra; el bien que se da en garantía no es la finca, sino la voluntad aherrojada del deudor.

La necesaria intervención de éste para la consumación puede inducir a desconocer la necesidad de liquidación de la deuda para el surgimiento de la ejecutividad de la garantía. Postulada teóricamente, nos puede servir

(23) Sobre todo, esto debe verse en Díez-PICAZO «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, número 513, marzo-abril 1976, págs. 273 y sigs. CEBESTINO A. CANO TELLO «El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada», en *RCDI*, núm. 533, julio-agosto 1979, págs. 787 y sigs.

para defender que el poder conferido en el caso resuelto no era suficiente porque no comprendía la fase de liquidación.

La opción de compra en garantía es así la obligación asumida por el deudor de vender la finca al acreedor, en caso de impago de la deuda, por el precio previamente estipulado, del que se podrá compensar el importe de aquélla; a su lado podrían concebirse otras figuras, en función del negocio principal, como la opción de adjudicación en pago o para pago. Así entendida, la opción de compra en garantía es a todas luces equivalente a lo que la doctrina ha venido a llamar «pacto comisorio obligatorio», respecto del que no han faltado duras palabras; «en nuestro Derecho es evidente, como observan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (*Notas a Enneccerus*, tomo III, 2, pág. 429), que hay que considerar también nulo el pacto comisorio obligatorio por el cual el deudor se compromete a transferir la cosa al acreedor en caso de vencimiento de la deuda y falta de pago de la misma, 'ya que admitirlo sería tanto como reconocer un medio de circunvenir la prohibición'» (24).

No andaba, pues, tan descaminada como se ha pretendido la Dirección General al realizar la asimilación. Sin embargo, es dudosa de mantener a tenor de las decisiones del Tribunal Supremo, que han admitido expresamente la opción de compra con fines de garantía; desde luego, es difícil ver pacto comisorio allí donde se necesita el concurso positivo del deudor; si ese concurso se debe exigir por vía judicial, la garantía pierde todos sus encantos. Probablemente, el Centro Directivo quiso cortar de raíz las expectativas temerosa de que se acompañara —o incluso llegara a entenderse implícito, que todo se andará— el pacto de constatación registral del ejercicio unilateral por el optante (Resolución de 7 de diciembre de 1978, pacto sí desgajable como claramente comisorio) o la concesión de poder a un tercero (supuesto de la presente resolución, de difícil negativa si no es penetrando peligrosamente en las entrañas).

Quizá la propia denominación —pacto comisorio obligatorio— hubiera abierto a la Dirección una vía menos turbulenta, aun contando con las incomodidades, cuanto menos, de la naturaleza del derecho de opción. Porque a nadie escapa que la opción de compra en garantía, una vez desmenuzada, queda muy lejos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, y entonces procede retomar la pregunta: ¿es inscribible?

El tema de la naturaleza jurídica del derecho de opción ha pasado de resbaladizo a etéreo. Creo que en estos casos la cordura reposa en las claridades pedestres, aunque carezca del vuelo de las construcciones dogmáticas.

JOAQUÍN TORRENTE nos libera de estudiar las distintas opiniones en torno a tal naturaleza y la bibliografía que sobre ella se ha desatado (25). Su

(24) MAS ALCARAZ, *ob cit*, pág. 62.

(25) «Aspectos registrales del derecho de opción», en *Revista de Derecho Registral*, núm. 14, 1987. Con posterioridad se han publicado dos resoluciones (antes recogidas), que vienen a rectificar sin demasiados razonamientos, *obiter dicta*, anteriores directrices la de 10 de abril de 1987, que insiste en el *numerus apertus* de los derechos reales de adquisición, y la de 30 de septiembre de 1987, que por cinco veces califica el derecho de opción como derecho real, sin que nada autorice a suponer el pacto de constatación registral de la decisión unilateral del optante, y que incluso implícitamente —y en algún momento casi explícitamente, fundamento sexto de Derecho, al comienzo— reconoce la existencia de derechos reales de opción no inscribibles, sin explicar la quiebra del artículo 2, 2º, de la Ley Hipotecaria. Y dos sentencias del Tribunal Supremo, celoso, por su parte, de no contribuir a la ceremonia de la confusión. La de 4 de abril de 1987, que distingue un aspecto «civil» y un aspecto «registral» de la figura contractual de la opción, y la de 9 de octubre de 1987 —que me ha sido soplada por *Lunes* 4.30, núm. 1, febrero 1988, con atinados comentarios de VICENTE CARBONELL y ROSA NAVARRO DÍAZ—, a la que no parece afectar la caducidad de una opción inscrita para declarar que ésta es, en todo caso, un derecho personal.

conclusión suena la más cuerda: «A nosotros nos parece que es superfluo especular sobre si en el mundo de las ideas el derecho de opción es personal o real y si nuestro legislador hipotecario ha sabido captar la esencia de este derecho para alojarlo en el asiento que conceptualmente le corresponde. Y ello porque creemos que los derechos son lo que el legislador (o los particulares, cuando se les confiere esta facultad) quiere, es decir, lo que con la eficacia que les concede quiere que sean, por lo que al permitir y regular el artículo 14 del Reglamento Hipotecario la inscripción del derecho de opción, lo que está haciendo es configurarlo como real, al publicarlo y atribuirle eficacia *erga omnes*». Procuraré incluso evitar denominarlo derecho real —quizá porque no pueda eludir ver su entraña sustancialmente potestativa— para expresar su eficacia o su trascendencia real.

La eficacia real del derecho de opción en Derecho español está condicionada a su inscripción en el Registro de la Propiedad; se puede discutir si ésta tiene, en consecuencia, eficacia constitutiva o eficacia integrativa, si constituye un derecho real o una carga real, si tal surge por voluntad de los particulares o por disposición de la Ley o por el «convenio expreso» de las partes de asumir los efectos reales que la Ley le otorga...; pero estas discusiones no afectan al hecho incuestionable de que la opción inscrita se impone a todos. La eficacia real no puede, pues, encontrarse en el posible ejercicio unilateral por el optante, no tanto porque éste sea una opción inscrita, cuanto porque el ejercicio unilateral, el requerimiento a una opción inscrita, cuanto porque el ejercicio unilateral, el requerimiento al concedente o la reclamación judicial no conllevan intrínsecamente la investidura en el dominio de la finca. No es tampoco indicativa de eficacia real la imposición judicial al otorgamiento del negocio principal, que no es sino la eficacia natural del contrato *inter partes*, sino que éste por esencia pueda realizarse porque la publicidad excluya el surgimiento del tercero inatacable.

La naturaleza constitutiva de la inscripción deviene sigilosamente en problema de vísceras corporativas. Si podemos alejarnos de ellas, se verá un título con un contenido muy preciso, y una vocación de tal trascendencia, que no basta presumirla, ha de ser expresamente querida, y en su complemento, la publicación *erga omnes* de ese título querido. La inherencia no se encuentra en un grosero contacto con la cosa, sino con su representación abstracta, que es su número tabular. La publicidad le adosa como una lapa algo tan inmaterial como la voluntad de una persona de decidir sobre la realización de un negocio, y esa voluntad debe ser respetada por todos, pues todos están obligados a conocerla.

El problema se reduce, pues, a determinar el alcance de los efectos del título nacido con vocación de «realidad» —por cumplir las exigencias del artículo 14 del Reglamento Hipotecario— y no inscrito. El estudio podría llevarnos bien lejos, pero parece que así entendamos que nos movemos en el ámbito de las relaciones meramente personales; así, en el ámbito de la publicidad negativa (art. 32 de la Ley Hipotecaria), las conclusiones habrán de ser muy semejantes (26).

Se puede decir entonces que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario

(26) Perdonadme que no pueda evitar la tentación de transcribir las palabras de Díez-PICAZO. «En materia de derechos reales inmobiliarios puede decirse que un negocio constitutivo de un derecho real al que no se le haya dotado de la necesaria publicidad, y en particular de la inscripción en el Registro, en relación con los terceros de buena fe, no alcanza plena efectividad y por consiguiente, en alguna medida no llega a ser un auténtico derecho real». *Autonomía*, cit., pág. 299

ha venido a «nominar» el derecho de opción, y que sólo la «opción de compra» (27) que el mismo desenvuelve es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. Toda otra carecerá de trascendencia real. Podrá discutirse si la llamada «opción de compra en garantía», como pacto obligatorio para el deudor, es o no admisible en nuestro Derecho, pero en ningún caso será inscribible en el Registro de la Propiedad.

Ello nos lleva a una addenda coherente; si circunstancias posteriores a la opción de compra inscrita desvelaran su verdadera naturaleza de pacto meramente personal, debe aquélla ser cancelada por el Registrador a instancia de parte interesada (arts. 98 de la Ley Hipotecaria y 353, 3.º, del Reglamento Hipotecario).

VI. 5. No sospechaba yo que los garabatos se esponjaran de tal manera al ser mecanografiados y os puedo asegurar que el cansancio de mis dos dedos es con mucho superior al vuestro. Sin embargo, aún queda algo que decir sobre los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, para justificar unas líneas sobre la Resolución de 30 de septiembre y para comentar el pacto de pago del precio por «compensación». Del mismo modo que en la venta en garantía el pacto de readquisición es el reflejo de la compulsión al cumplimiento, en la opción en garantía la compensación en el precio es el reflejo de la reacción frente al incumplimiento, el resquicio por donde la relación subyacente respira y, al mismo tiempo, mecanismo imprescindible de la función de garantía.

Personalmente, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario no me parece un mal artículo; quizá su párrafo primero pueda inducir a confusión, pero las tres circunstancias especiales que reclama se imbrican en la lógica del sistema.

En primer lugar, el convenio expreso de las partes para que se inscriba como elemento del contenido negocial, que no puede ser suplido por la rogación ni por la instancia del artículo 110 del Reglamento Hipotecario. Que el propio contenido negocial se altera lo prueba el hecho de que hay autores que entienden que la inscripción exonera al concedente de la prohibición de enajenar que el pacto personal lleva consigo (28).

Parece a todas luces excesiva la discusión sobre la esencia del convenio, cuando no se trata ya de la autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales, sino de la adopción de un molde personal o de un molde real, teniendo en cuenta, además, que mientras no se pruebe otra voluntad de las partes, los derechos constituidos se entienden personales.

Por otra parte, tampoco la situación es excepcional. Tengo la convicción de que la posibilidad de escoger entre dotar de eficacia personal o de eficacia real a un pacto está en la base del párrafo 1.º del artículo 45 de la Ley Hipotecaria —«la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia, concurso o quiebra, hecha o que se haga para pago de deudas reconocidas contra la misma universalidad de bienes, no producirá garantía alguna de naturaleza real en favor de los respectivos acreedores, a no ser que en la

(27) Utilizo las palabras del Reglamento *sin* ánimo de entrar en nuevas discusiones. Así, TORRES LANA, *ob cit.*, págs. 210 y sigs., opina. «Hay que entender, con LACKUZ y SANCHO, que los derechos personales sólo tienen acceso al Registro cuando la Ley lo concede para una especie concreta. Y en nuestro caso está claro que la Ley —es decir, el Reglamento Hipotecario— solamente autoriza la inscripción de la opción de compra». Por su parte, JOAQUÍN TORRENTE, *ob cit.*, págs. 123 y 124, entiende, siguiendo a ROCA SASTRE, que aquellas palabras son «por mejor simplificar» y no debe haber obstáculo para que se inscriba «un contrato generador de un derecho de opción a un derecho inscribible sobre un inmueble», siempre y cuando se den las tres circunstancias especiales exigidas por el mismo artículo.

(28) TORRES LANA, *ob cit.*, págs. 112 y sigs.

misma adjudicación se hubiese estipulado expresamente»—, que fue introducido como artículo 21 por la Ley de 21 de abril de 1909. Lo que esta Ley vino a decir es que los efectos que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1899 y 5 de octubre de 1903 y Resolución de 20 de agosto de 1906) habían dado a la obligación que el artículo 33 del Reglamento Hipotecario —el de 21 de junio de 1861, sin alteración en la reforma de 19 de octubre de 1870— imponía al inscribir la adjudicación de hacer «mención literal de la obligación de emplear su importe en pagar deudas o cargas de la misma herencia o concurso», en el sentido de que «implícaba la constitución de un derecho real sobre tales bienes», habían de ser desde entonces expresamente queridos.

La evolución posterior hizo sentir a la doctrina la necesidad de nominar esa «carga real» mediante la constitución de alguno de los derechos reales típicos de garantía. No voy a entrar en si esa necesidad era real o ficticia, cuando una vez más la voracidad fiscal ha arrumbado lo natural y obligado a los tortuosos vericuetos del poder irrevocable.

En segundo lugar, el precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. Este último nos indicará la naturaleza onerosa o gratuita del contrato. Respecto del primero cabe preguntarse si es requisito de eficacia real o si lo es de existencia de la propia opción.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de octubre de 1961 —y en el mismo sentido, las de 18 de abril de 1978 y 19 de febrero de 1983—, declaraba: «Para que pueda tener realidad el contrato de opción, se hace necesario que las dos condiciones esenciales de la compraventa, el objeto y el precio, estén bien precisados y determinados al redactar el contrato», y la de 4 de abril de 1987 dice que son elementos principales de la opción de compra: «La concesión al optante de la decisión unilateral respecto a la realización de la compra, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la determinación del plazo para el ejercicio de la opción, siendo, por el contrario, elemento accesorio el pago de una prima».

TORRES LANA (29) ha tratado de defender otra posibilidad: «La distinción entre los elementos reales de ambos contratos, junto con la independencia de su régimen, puede mostrar aquí toda su fecunda eficacia; por consiguiente, en nada le afecta la omisión de un requisito, aunque sea esencial, porque tal vicio o carencia es susceptible de una subsanación eficaz y multifórme; de esta manera, puede ser válida una opción de compra cuyo precio no haya sido señalado ni siquiera indirectamente; en todo caso, la mecánica de la opción permite que en la relación objeto-precio del contrato definitivo la determinación del uno pueda correlativamente compensar la indeterminación del otro».

Sin embargo, su afán por defender la autonomía conceptual de ambos contratos le lleva no sólo a ser contradictorio, sino a contradecir aquel principio, por cuanto la perfección de la opción de compra necesitará de la integración de la compraventa.

Más dudoso es el supuesto a que daría pie la resolución que se comenta, de que el precio se encomienda a la determinación de un tercero; nueva albarda a las dificultades que páginas atrás apuntábamos a esta fórmula de arbitrio. Parece que ese precio debe tenerse ya por cierto,

(29) *Ob. cit.*, pág. 166.

a tenor de los artículos 1.445 y 1.447 del Código Civil (30). Para Díez-PICAZO (31), la fijación íntegra del contrato sería, por tanto, genérica y no funcional.

Pero cualquiera que sea la opinión que se defienda debe ceder ante la configuración reglamentaria de la cifra de adquisición, como requisito de esencia para la eficacia real del derecho de opción. Correlativamente a otorgar al contrato trascendencia real, quiere el legislador la exacta constancia del valor en cambio de la finca.

AMORÓS GUARDIOLA, comentando la Resolución de 7 de diciembre de 1978 (32), distinguía entre las inscripciones posteriores a una situación registral: 1) los derechos de dominio, goce o disfrute: deben decaer como consecuencia del ejercicio de la situación preferente por causa clara de incompatibilidad, y 2) derechos de realización de valor: sus titulares, «aunque vean extinguida su titularidad por el ejercicio del derecho anterior preferente, tienen derecho al importe del valor que se obtenga en la venta de la finca, ya sea ésta voluntaria o judicial. O a parte del mismo, si son varios los acreedores y el dinero obtenido no cubre todos los créditos garantizados. Su derecho inscrito, cuya cancelación automática se discute, recae precisamente sobre el valor en cambio de la finca. Aunque la cancelación sea debida por el juego de la preferencia excluyente y de la prioridad, sólo deberá formalizarse cuando se respete el derecho de realización del valor en cambio de la finca, que corresponda a los titulares posteriores».

Estas ideas forman parte del entramado del sistema y para distintos supuestos se recogen en el articulado (arts. 107, 7.º, y 131, 16, de la Ley Hipotecaria, y 175, 6.º, y 235, 9.º, del Reglamento Hipotecario). En ese entramado encaja el artículo 14 del Reglamento Hipotecario; el precio en la opción de compra aparece como cifra de retención en favor de acreedores posteriores, como compensación de la prioridad real que la propia inscripción le otorga. Es, pues, de orden público la determinación del precio.

No creo que haga falta repetir aquí las razones por las que pienso que la Resolución de 10 de abril de 1987 no se desvía un ápice de esta línea; la recuerdo porque nos devuelve al hilo inicial cuando expresa que «el término compensación en la práctica jurídica y en las mismas leyes no sólo alude a un modo de extinguirse las obligaciones». Parece que en este sentido práctico se emplea en las fórmulas próximas al supuesto que se comenta: el optante podrá satisfacer, en todo o en parte, el precio de adquisición por vía de compensación de los créditos que en tal momento ostente contra el concedente.

La construcción de la figura como un supuesto de compensación voluntaria de deudas aún no vencidas (33) plantea enormes problemas de conciliación con la exigencia de precio cierto (art. 1.445 del Código Civil) y no señalado nunca por el arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.449 del Código Civil), y con la exigencia de correspectividad no sólo en la génesis, sino en la materialización de las prestaciones de una relación

(30) Así, G. GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XIX, página 50.

(31) *El arbitrio*, cit., págs. 9 v sigs.

(32) Recogida en *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General, años 1969-1982*, Madrid, CEH, 1987, págs 1165 y sigs.

(33) La compensación voluntaria es admitida por la doctrina. Así, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, 1, 2.º, pág 379.

sinalagmática —cosa por precio— no susceptible de decisión unilateral (artículo 1.256 del Código Civil).

La razón estriba en querer atribuir a la palabra «compensación» el sentido jurídico de los artículos 1.195 y siguientes y no el más adecuado y prosaico de «deducción»: del precio se deducirá el importe de las deudas. Si en el ámbito consensual del contrato de compraventa, el conocimiento por las partes del importe presente de la deuda a deducir puede justificar la certeza del precio, y si en el ámbito personal de la opción de compra idéntico conocimiento y la autonomía del tipo negocial puede justificar la atadura del concedente, en el ámbito registral, el desconocimiento por los terceros de aquel importe y, en consecuencia, de la cifra de garantía de su derecho posterior, implica ineludiblemente la indeterminación del precio de adquisición, lo que justifica deba carecer, y carecerá por su no inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, por incumplimiento de la regla 2.ª del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, de eficacia real.

Queda el último extremo: es condición de existencia del derecho de opción el plazo de vinculación del concedente; es condición de su eficacia real que ese plazo no exceda de cuatro años. La Compilación navarra debe ser observada desde su perspectiva de Derecho foral.

Con ese entendimiento creo que debe abordarse la Resolución de 30 de septiembre de 1987. Y con ese entendimiento creo que establece una doctrina lógica, sana y coherente; lo que me causa perplejidad es que me parece que coincide de una manera asimismo lógica, sana y coherente con la postura del Registrador de la Propiedad, que ve decaer su nota, y que en nada se parece a la tesis del Notario, que prospera.

Entiendo que había cuatro maneras de enfrentar la operación. Dos de ellas, maximalistas por los extremos, no fueron defendidas por nadie: no cabe la prórroga de una opción viva, debe esperarse su muerte forzosa o voluntaria; la segunda: cabe la prórroga indefinida de la opción por nuevos acuerdos de voluntad.

La tercera sería: cabe la prórroga del derecho de opción inscrito por un plazo máximo de cuatro años, a contar desde la escritura de prórroga, pero el derecho subsiste idéntico. Esta, entiendo yo, era la postura del Notario; el resultado es fácil de adivinar: se realiza un *sandwich* con la anotación de embargo intermedia.

La última posibilidad es entender que la prórroga se computa desde la fecha de la escritura, pero no se encabalgua con el plazo anterior, no hay solución de continuidad, de modo que la ampliación de plazo no perjudica los derechos adquiridos con anterioridad a su inscripción por terceros. Esta conclusión creo que está presente en las palabras del Registrador: «La escritura calificada solamente dice cuando termina el plazo de prórroga, y nada dice de que haya de contarse desde la escritura de prórroga, pues si lo hubiese dicho así, haciéndose constar en la inscripción, hubiera podido practicarse ésta, salvando los principios hipotecarios». También tenía razón el Registrador al plantear el problema gramatical: la prórroga define un plazo añadido para una misma situación, la llamada prórroga del derecho de opción determina registralmente, donde aquél vive, una situación radicalmente nueva.

Ahora bien, esa posible coexistencia de plazos obliga a ser muy cuidadosos en el análisis de las fechas de pretensión y de ejercicio de la opción, otorgamiento de escritura y decisión judicial, y constatación registral de

unos y otros por su adecuada vía. Por ello me parece muy dudosa la tesis de Roca Sastre, muy comúnmente seguida, de aplicar analógicamente el artículo 177 del Reglamento Hipotecario —que establece un plazo de gracia de ocho días para la cancelación del pacto de retroventa caducado—, y aún le parece breve, a la cancelación de la opción de compra caducada. Pienso que lo delicado del tema no permite artificios analógicos. La eficacia real de la opción de compra nace con la inscripción y debe morir con ella.

Y para concluir, cerrando el ciclo quizá con alfileres, vuelvo a la idea inicial: la relación de hechos debe cuidarse al máximo; así, en las dos primeras líneas del segundo párrafo del punto II de los hechos de la resolución que se comenta quiero yo encontrar, a pesar de la deficiente redacción, el apoyo implícito de la Dirección General a la tesis que se acaba de esbozar.

FERNANDO CANALS BRAGE

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

SIMULACION ABSOLUTA Y RELATIVA. CAUSA FALSA. Artículo 1.218 del Código Civil (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1987).

La eficacia probatoria del documento público no se extiende al contenido del mismo ni a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Laotour Brotons, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandante y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de la misma capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero.—1. Como ya ha declarado reiteradamente esta Sala, principalmente en Sentencia de 24 de abril de 1961, y reiterado con posterioridad, es bien conocida la doctrina jurisprudencial tendente a destacar las grandes dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y *por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad*, lo que obliga, en la totalidad de los casos, a deducir la simulación de la prueba indirecta de las presunciones, que requieren dos extremos, cuales son, de una parte, la prueba plena de unos hechos ciertos, y de otra, la deducción lógica de los ocasionantes de la simulación, con enlace preciso y directo entre una y otra.

2. Partiendo de esta premisa, la sentencia dictada por la Sala de Instancia, y que ahora se impugna en el primero de los motivos del recurso por el cauce formal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene en cuenta toda una serie de hechos que, unidos al análisis del contenido de las escrituras públicas aportadas a los autos, le

llevan a la conclusión de la simulación de los negocios jurídicos que documentan, razones por las cuales no cabe estimar la tesis del ahora recurrente y que, fundamentalmente, se basa en la titularidad formularia y documental de las escrituras, haciendo tabla rasa de los demás elementos de juicio, que son los que realmente conforman la simulación del negocio jurídico.

Segundo.—1. Conforme a los dictados del artículo 1.218 del Código Civil, los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, sin que sea dable una interpretación extensiva, toda vez que, como ha podido precisar una copiosa jurisprudencia, el valor o eficacia probatoria del documento público no se extiende al contenido del mismo o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, ya que la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Sentencias de 15 de febrero de 1982, 14 de febrero de 1983 y 4 de febrero de 1986), y sin que esta clase de pruebas pueda considerarse superior a las demás en concurrencia con ellas para demostrar un hecho concreto objeto de la estipulación documental (Sentencias de 8 de marzo y 27 de mayo de 1983, 11 de noviembre de 1985 y 4 de febrero de 1986).

2. Así las cosas, es conforme y correcta la doctrina de la sentencia de Instancia cuando, en el fundamento de Derecho correspondiente, sienta la premisa de que la fuerza probatoria de los documentos públicos frente a terceros no se extiende a la veracidad de las manifestaciones consignadas en ellos por los interesados, sino que éstas pueden quedar destruidas en el litigio por los demás elementos de prueba unidos a las actuaciones, lo que le lleva a concluir, tras un minucioso análisis de las pruebas practicadas, la simulación de las escrituras que se esgrimen como título de la tercería ejercitada, deviniendo así inoperante el segundo de los motivos del recurso, fundado en la infracción del precepto sustantivo al principio de este apartado enunciado.

Tercero.—1. Sabido es que nuestro Código Civil, fiel a la tradicional teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa (*colorem habet, substantiam vero nullam*) y que configura la llamada *simulación absoluta*, y el otro, aquél en que la declaración falsa representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet, substantia vero alteram*) y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado o simplemente de simulación relativa.

Esta dicotomía ha llevado a precisar a la jurisprudencia que al existir una discrepancia total entre la voluntad real y la declarada faltan los elementos necesarios para que el negocio jurídico nazca, supuesto predicable de la simulación absoluta, a la par que cuando de simulación relativa se trata, el contrato disimulado puede ser válido si es lícito y reúne, además, los requisitos correspondientes a su naturaleza, cuestión ésta de extremada delicadeza por las repercusiones que puede provocar en la seguridad jurídica, y de ahí que, las más de las veces, sólo encuentre su operatividad entre las partes que los concertaron y sus causahabientes, y de ahí el que sea esta misma jurisprudencia la que, saliendo al paso de posibles fraudes, haya puntualizado para ambos supuestos que al no haber en la escritura pública una compraventa ficticia ni existir una expresa

manifestación de la *causa donandi*, no sólo será nula la venta por simulación absoluta, sino que también alcanzará a la donación (Sentencias de 1 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1985, 14 de mayo de 1966, 4 de diciembre de 1975 y 22 de febrero de 1986), en relación con el artículo 633 del Código Civil.

2. Aun dando por supuesto la deslealtad procesal que supone el dar al olvido la tesis de Instancia para formular ahora, tras un giro copernicano, un fundamento nuevo a la tesis que se postula en el tercero de los motivos del recurso, es lo cierto que su improsperabilidad es manifiesta por cuanto no es dable proceder *per saltum* en casación para traer a debate una cuestión que no fue propuesta en su momento oportuno, amén de que su inoperatividad sería también evidente teniendo en cuenta la doctrina de que se ha hecho mérito últimamente.

Cuarto.—Finalmente, el último de los motivos del recurso, fundado en la presunción posesoria del artículo 449 del Código Civil, tiene una formulación gratuita en tanto en cuanto olvida los fundamentos fácticos de la sentencia de Instancia, donde, entre otros extremos que al efecto interesan, se afirma que no puede prevalecer la declaración del representante de la entidad que nomina y cuya factura acompaña, y en la que aparecen ciertos muebles vendidos al actor, y ello, añade la resolución de la Audiencia, porque *en todo momento ha sido el demandado el propietario del piso* y la presunción posesoria del artículo 449 del Código Civil no ha sido desvirtuada por la parte actora, y porque no ha justificado que en aquella fecha poseyera bienes suficientes para efectuar una compra de bienes muebles por un elevado importe dinerario.

F. C. L.

SIMULACION RELATIVA. DONACION DISFRAZADA BAJO COMPRAVENTA. REVOCACION POR INGRATITUD. Artículo 648, párrafo 1.º, del Código Civil (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1987).

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Quintanar de la Orden, confirmada por la de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, declaró la nulidad de la venta simulada y la validez de la donación encubierta, sin estimar causa de revocación por ingratitud del donatario, a pesar de que éste había sido condenado por delito de coacciones, consistente en haber cortado varias veces el suministro de agua a la vivienda ocupada por el donante. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, confirma la primera parte de la apelada, pero la revoca en cuanto a la causa de ingratitud, que estima existente, y, en consecuencia, deja sin efecto la donación, estimando el recurso interpuesto por el demandante y apelante, conforme a los siguientes fundamentos:

1. La impugnación que se formula en este recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación por la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, se concreta a la cuestión jurídica, pues los tres motivos de que aquel recurso consta se basan en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, la resolución del mismo ha de partir de los hechos probados en la Instancia, que son esen-

cialmente los siguientes: *a)* El recurrente, demandante, es tío del recurrido, demandado. El padre de éste falleció en 1954 y a poco el recurrente se hizo cargo de la administración de las fincas del demandado y su familia. *b)* El recurrente había heredado de su padre una bodega, que es objeto del pleito, la que utilizó casi exclusivamente para hacer y almacenar el vino procedente de las fincas que administraba y de las suyas, y con el dinero que obtenía con la venta del vino y créditos concedidos, en su mayoría avalados por el demandado y por su madre, hermana del recurrente, ampliaba y mejoraba la bodega de su propiedad hasta que adquirió una notables proporciones y dependencias. *c)* Ambos litigantes, tío y sobrino, otorgaron el 11 de agosto de 1977 una escritura de compraventa por la que el primero vendía al segundo una tierra de secano por un precio de 8.000 pesetas, que el vendedor declaró haber recibido ya, y la bodega a que se ha hecho referencia, por un importe de 800.000 pesetas, de las que el vendedor declaró haber recibido 270.000 pesetas, y las restantes 530.000 pesetas las retuvo en su poder el comprador para satisfacer dos préstamos hipotecarios que gravaban la bodega, de los que consta que uno de ellos fue pagado en su último plazo por la madre del recurrido el 28 de abril de 1978. *d)* En julio de 1981, el actual recurrido se hizo cargo de la administración de sus propiedades y firmó un documento privado redactado por el actor, en el que reconocía que su tío le cedió a título gratuito su finca bodega (compuesta de dos pisos, así como jardín y cercado que hay frente a la misma), y al mismo tiempo cede al actor de por vida la vivienda que existe en la actualidad en la bodega con los citados dos pisos y jardín y le asigna una renta anual de 350.000 pesetas, en virtud de lo cual el demandado pagó al actor 250.000 pesetas, que recibió, e intentó pagarle otras sumas, que no recogió. *e)* Se ha probado que una vez que el recurrido se hizo cargo de la administración de sus propiedades empeoraron las relaciones familiares, suscitándose varios procesos judiciales entre ellos, uno de los cuales consistente en denuncia del 23 de julio de 1982 por delito de coacciones que el recurrente formuló contra su sobrino, llegándose a instruir diligencias preparatorias, de las que conoció en Primera Instancia el Juzgado de Instrucción de Quintanar de la Orden, que dictó Sentencia absolutoria el 27 de enero de 1984, y recurrida, fue revocada por la Audiencia Provincial de Toledo, por Sentencia de 9 de junio del mismo año, condenando al recurrido, como autor de un delito de coacciones, previsto y penado en el artículo 496 del Código Penal, a las penas de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas, con arresto sustitutorio y accesorias; siendo los hechos que motivaron dicha condena el haber cortado el acusado en varias ocasiones, después de febrero de 1982, el suministro de agua a la vivienda que cedió de modo vitalicio a su tío, que, a su vez, le había donado la finca y bodega en que radicaba dicha vivienda, valiéndose para ese corte de que la conducción de agua a la vivienda pasaba por la bodega del acusado. *f)* La sentencia de Primera Instancia, apreciando que en la compraventa constatada en la escritura de 11 de agosto de 1977 no hubo precio, por no probarse su pago, y que el relativo a la bodega vendida, de 800.000 pesetas, es muy inferior al dado por tasación pericial en 1977, de 20.520.963 pesetas, declara la nulidad de la venta por simulación de una donación, accediendo así a la primera de las peticiones de la demanda, y a continuación desestima la segunda, al declarar la validez de la donación encubierta. *g)* Apelada la sentencia de primer grado por el demandante, únicamente el liti-

gio quedó reducido, como hace observar la sentencia ahora impugnada, al extremo referente a la declaración de validez de la donación disimulada, así como de la improcedencia de su revocación por causa de ingratitud, extremo sobre el que la sentencia recurrida, confirmando la apelada, se pronuncia para desestimarla y considerar no existente la alegada causa revocatoria; en definitiva, dando validez a la repetida donación.

2. Frente a esa resultancia fáctica, el recurso formula sus motivos basados, como ya se ha dicho, en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de ellos acusa la infracción por «aplicación errónea» del artículo 633, en relación con el 1.276, ambos del Código Civil. En su desarrollo examina varias sentencias de esta Sala, de las que deduce que es nula la donación encubierta bajo la forma de compraventa por no reunir los requisitos legales que se exigen en los artículos invocados como infringidos para la validez de la donación. El caso de donación encubierta bajo la forma de compraventa ha sido muy estudiado por la doctrina científica, y reconociéndose en numerosas sentencias de esta Sala la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compraventa (Sentencias de 19 de enero de 1950, 31 de enero de 1955, 2 de junio de 1956, 16 de octubre de 1965 y 31 de mayo de 1982). Pero de otras resoluciones (Sentencias de 29 de enero de 1945, 15 de enero de 1959, 13 de mayo de 1965, 6 de octubre de 1977 y otras) se deduce que se ha negado dicha validez para la donación en la escritura de venta. Para resolver este problema jurídico ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, de las que en el ahora debatido se deduce que por el precio más bien simbólico dado a los inmuebles vendidos, por la aceptación del simulado comprador de la venta que se le hace, la descripción de los bienes objeto del contrato y sus cargas, la causa gratuita que de todo ello deriva y los actos posteriores de los contratantes, revelados, sobre todo, en el documento privado de 1981, por el que el donatario cede vitaliciamente el uso y disfrute de una vivienda y anejos a favor de su tío, que no tiene otra causa que el reconocimiento del sobrino a la anterior liberalidad de aquél; de todo ello deriva, decimos, que existió en el caso debatido una verdadera donación dotada de todos los requisitos que la hacen eficaz en este aspecto y que sirven para desestimar el motivo que se ha examinado.

3. Procede ahora el examen del motivo tercero, que con el mismo apoyo procesal que los anteriores estima como infringido, por interpretación errónea, «el número 1.º del artículo 648 del Código Civil y números 2.º y 3.º», y se desarrolla sobre la base de que en el proceso penal iniciado por el recurrente contra el recurrido, su sobrino y donatario, éste resultó condenado por un delito de coacción por Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 22 de octubre de 1983. La sentencia impugnada ha estimado que este hecho no debe incluirse en el número 1.º del artículo 648 del Código Civil como causa de revocación de donaciones por ingratitud; sin embargo, es de tener en cuenta que el citado precepto legal se refiere como causa de revocación de donaciones al hecho de «cometer el donatario algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante», expresiones que por su literalidad no hay que reconducir a títulos del Código Penal en concreto, pues no existen con esas palabras más que el título de «delitos contra las personas», de ahí que la norma haya de interpretarse, como hace gran parte de la doctrina científica, en

el sentido de que no es preciso para que se produzca el efecto revocatorio que se trate de uno de los delitos catalogados en el Código Penal contra las personas, la honestidad a la propiedad, sino que el precepto se refiere a todos aquellos por los cuales resulte ofendido el donante que revelen ingratitud. Así lo es, sin duda, la condena por un delito de coacciones que afecta a la libertad y seguridad de la persona del donante, puesto que es innegable que un delito de esa naturaleza recae directamente sobre la persona física del sujeto pasivo, que se ve constreñido o coartado en su libertad de conducta, sea ésta lícita o ilícita, y sufre personalmente los efectos de la conducta del agente o sujeto activo del delito. Criterio análogo ha seguido la Sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1983, de la que se deduce que no sólo cuando haya delito declarado, y frente al sujeto pasivo del mismo, actúa esta causa de revocación de donaciones por ingratitud, sino también, aunque otro de los donantes no sea, a la sazón, sujeto pasivo y para el que la acción delictiva sobre el otro repercute solamente como conducta socialmente reprobable o condenable, que es suficiente para la revocación sin necesidad de que formalmente haya sido declarado delito. Por lo expuesto es procedente la estimación de este motivo, y sin necesidad de resolver sobre el segundo, dar lugar a la casación de la sentencia, con estimación de la petición que en quinto lugar del suplico de la demanda se formula con carácter subsidiario, acordando, por tanto, la revocación de la donación por causa de ingratitud, por darse el caso que señala el número 1.º del artículo 648 del Código Civil.

F. C. L.

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. PROPIA IMAGEN. Artículo 1.902 del Código Civil y Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1987).

Los actores, apelantes y recurrentes, trabajadores de la Empresa Hispano-Olivetti en Barcelona, durante la campaña electoral celebrada con motivo de las elecciones al Congreso y al Senado tuvieron la sorpresa de que la asociación política demandada, Esquerra Republicana de Cataluña, utilizaba para su propaganda un cartel en el que aparecían los actores saliendo de la fábrica cuya titularidad pertenece a la Empresa antedicha, y en dicho cartel se había introducido una bandera catalana, trucando, en su caso, la fotografía, que sin autorización alguna de los demandantes se había hecho por orden de la Esquerra demandada. El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona condenó a la Esquerra a satisfacer a los actores 400.000 pesetas, suma que fue aumentada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona hasta un millón de pesetas. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto, en base a los siguientes fundamentos de Derecho:

Imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un proce-

dimiento mecánico o técnico de reproducción, y en sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad. Aun cuando los límites de este derecho han sido siempre imprecisos y borrosos, y contingentes las más de las veces, es lo cierto que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida tendrá un derecho al resarcimiento por violación de un derecho a la intimidad, pretensión que se ha canalizado por los cauces del artículo 1.902 del Código Civil y que últimamente ha encontrado su normativa adecuada por la publicación de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, que tutela el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Es doctrina ya muy reiterada de esta Sala, cuando de daños morales se trata, postulados al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, que la cuantía del daño, o mejor y más propiamente, el *quantum de la indemnización*, en principio, no puede ser discutido en casación, so pena de convertir este recurso extraordinario en una Tercera Instancia, siquiera en algún caso se haya apuntado la posibilidad de combatir las bases cuando de ello hubiere una prueba evidente que resultare de la resolución impugnada.

Mas es el caso que en el supuesto ahora enjuiciado se ataca el *quantum*, lo que conlleva el decaimiento de los dos primeros motivos del recurso primeramente articulado por los perjudicados de la difusión de sus imágenes: el primero, amparado en el artículo 1.692, 4.º, y en el que se denuncia la disconformidad con la valoración del daño moral causado, y el segundo, bajo el mismo ordinal, en cuanto lo ampara en el artículo 1.902 del Código Civil, inaplicable al caso de autos en tanto en cuanto la Ley Orgánica ya calendada ha de primar, como Ley posterior y especial, a la genérica invocada.

Asimismo, ha de decaer el tercero y último de los motivos, en que, bajo el ordinal 5.º del artículo 1.692, se denuncia la infracción del artículo 9, apartado 2.º, de la Ley Orgánica citada, en tanto en cuanto entiendo que no se han tomado las medidas previstas en la citada disposición en orden a prevenir ulteriores intromisiones, toda vez que dicha regla no se impone imperativamente al Juez en el sentido de que *ex officio iudicis* haga uso de la misma, sino que por estar prevista para un proceso civil ordinario ha de seguir las reglas generales de petición de parte y prueba consiguiente, con observancia del principio de contradicción, y en el escrito rector del proceso los afectados por la difusión se limitaron a demandar la tutela por vulneración del derecho a la propia imagen, sin interesar la medida que ahora se postula con carácter de cuestión nueva, vedada a la casación, como tantas veces se ha dicho.

F. C. L.

DEPOSITO IRREGULAR. NATURALEZA JURIDICA. PRENDA SOBRE CRÉDITOS. COMPENSACION LEGAL. Artículos 1.195, 1.196, 1.198, 1.200, 1.202, 1.766 y 1.768 del Código Civil, y 309 del Código de Comercio (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

El Banco Intercontinental Español, S. A. (Bankinter), demandó a la Caja Rural fundado en que don D. C. P. era deudor al Banco en cifra superior a 14 millones de pesetas, y para evitar la ejecución convino con el Banco constituir a favor de éste un derecho de prenda sobre los derechos derivados de dos depósitos o imposiciones a plazo fijo por importes de ocho millones y un millón de pesetas en la Caja Rural, lo que llevó a efecto en escritura de 24 de abril de 1980. Llegados los vencimientos de los plazos fijados en las imposiciones, 11 de junio y 21 de julio de 1981, el Banco, como acreedor pignoraticio y en ejercicio de las facultades del depositante, requirió a la Caja Rural depositaria para que le entregase el principal depositado más los intereses pactados, conforme a los artículos 1.766 del Código Civil y 306 del Código de Comercio, sin ser atendidos tales requerimientos notariales por la Caja Rural, la cual alega que es acreedora frente al depositante, don D. C. P., por una suma mucho mayor, habiendo firmado por ello éste, en 12 de febrero de 1980 —por tanto, antes de la escritura de constitución de la prenda—, un documento en virtud del cual las imposiciones a plazo quedaban afectadas en garantía de los saldos deudores, descubiertos en cuenta corriente o riesgos que tuviera pendientes con la Caja Rural, en cuya virtud se operó una compensación parcial, traspasando el saldo acreedor en las cuentas a plazo al saldo deudor en la cuenta corriente del mismo don D. C. P.

El Juzgado de Primera Instancia de Orihuela estimó la demanda declarando preferentes los créditos pignoratícios y condenando a la Caja Rural a entregar al Banco la imposición inicial de ocho millones de pesetas (ya que la de un millón había sido embargada) más los intereses legales, así como al pago de los daños y perjuicios causados, que se determinarán en ejecución de sentencia; sentencia que fue confirmada íntegramente por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Caja Rural, conforme a las siguientes consideraciones:

1. Aunque es cierto que se discute en la doctrina científica y jurisprudencial acerca de la verdadera naturaleza del depósito no individualizado de dinero o depósito irregular, calificándolo unos de contrato de préstamo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.768, al poder el depositario servirse de la cosa depositada, y otros de contrato *sui generis*, al no reunir las características esenciales del depósito ni del préstamo, no es menos cierto que existe unanimidad en entender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero o cosa fungible depositada al depositario, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito, por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada; siendo también mayoritaria la opinión de los que entienden que tratándose de depósitos o imposiciones a plazo fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente los elementos típicos del depósito —restitución de la cosa cuando le sea perdida artículo 1.766 del Código Civil— y se

acentúan los del préstamo —recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver después otro tanto—. De lo expuesto se desprende, sin género de dudas, que el importe de las imposiciones a plazo fijo constituidas por don D. C., en la Caja Rural Central de X, pasó a ser propiedad de la depositaria, sustituyendo la propiedad anterior del depositante por un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada, derecho de crédito sobre el que se constituyó un derecho real de prenda a favor de la entidad recurrida Bankinter, cuya existencia y eficacia está supeditada a la existencia del derecho de crédito sobre el que se constituyó la garantía.

2. Pues bien, el problema que se planteó en Instancia y que es traído a este recurso, es el relativo a si al ser también la Caja Rural al tiempo de realizarse la imposición a plazo fijo, acreedora del señor C. por una cantidad mayor a la depositada, se produjo o no una compensación de los respectivos créditos y deudas por imperio de la Ley, y, por tanto, si cuando se constituyó el derecho de prenda ya no existía el derecho de crédito gravado por haberse extinguido por dicha compensación. A este respecto, y frente a la tesis de la recurrente, se sostiene por la sentencia recurrida y por el Banco actor que no concurren los requisitos exigidos para que dicha compensación opere, por cuanto: a) el artículo 1.200 del Código Civil dispone que la compensación no procede cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario, argumento inaceptable porque, como se ha dicho, en el supuesto de depósito irregular de dinero o cosa fungible no hay depósito, propiamente dicho, dado que la propiedad de lo entregado pasa al dominio del depositario y la obligación de custodia se convierte en una obligación de disponibilidad de cantidad, obligación y correlativo derecho, que en las imposiciones a plazo fijo sólo nacen cuando llega el día señalado; b) el artículo 1.196, 5.º, del mismo cuerpo legal establece que para que proceda la compensación es preciso que sobre ninguno de los créditos o deudas exista retención o contienda promovida por tercera persona y notificada oportunamente al deudor; retención, custodia que presupone la existencia de un litigio en el que el deudor se convierte en depositario judicial hasta el fin de la litis, supuesto que no es el de este recurso, en cuanto que al tiempo de constituirse las imposiciones a plazo no existía sobre ellas retención o contienda judicial; c) la circunstancia de que se otorguen pólizas intervenidas por Corredor de Comercio para actuar el mecanismo de la compensación, no puede tener otra finalidad que la de suplir por vía convencional la falta de algún requisito legal para que la compensación forzosa opere, ya que cuando concurren todos tal compensación se produce en pleno Derecho, con el efecto extintivo de las deudas en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores (art. 1.202), y d) nada resulta de las actuaciones que permita poner en duda que la Caja Rural y don D. C. son acreedores principales y, a su vez, deudores principales el uno del otro en las operaciones de crédito y depósito irregular que entre ellos mediaron, en cuanto nada existe que autorice a afirmar que uno y otro no actuaban en su propio nombre y por su propia cuenta. Por otra parte, no puede olvidarse que si, a tenor del artículo 1.198 del Código Civil, la cesión de un crédito a tercero no impidió al deudor, que no la consintió, oponer al cesionario la compensación de las deudas anteriores a ella que tuviera con el cedente, es indudable que lo mismo debe ocurrir cuando el presunto deudor no consiente la

constitución de un derecho real de prenda, sobre el crédito que lleva potencialmente la virtualidad de su enajenación, pues si en aquel supuesto, que implica la transmisión de la titularidad plena del crédito, se produce el señalado efecto limitativo, con igual razón se debe producir en la hipótesis de constitución de un derecho real limitativo del dominio.

3. Lo anteriormente expuesto lleva aparejada la estimación de los tres motivos del recurso, pues: a) el primero de ellos, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, y en el que se denuncia la infracción de los artículos 1.768 del Código Civil y 309 del Código de Comercio sobre la naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo fijo, debe acogerse, dado que, según lo razonado anteriormente, el depósito irregular, en general, al transferir la propiedad del dinero o de la cosa fungible que se entrega al receptor hace desaparecer la característica típica del depósito, la custodia, que es sustituida por la obligación de restitución de cantidad, típica del préstamo o del contrato *sui generis*, de que se trata, no pudiendo entenderse, por tanto, que nos encontremos ante un depósito común con los efectos propios del mismo, como parece sostener la actora, y acepta la sentencia recurrida, por la simple circunstancia accesoria de haberse constituido aparentemente sobre él un derecho de prenda; b) el segundo motivo, apoyado en el mismo ordinal, denuncia la infracción de los artículos 1.195, 1.196 y 1.202 del Código Civil sobre compensación, y merece igual aceptación porque, como se acaba de argumentar, no existe obstáculo legal alguno que se oponga a la compensación de pleno derecho entre los 8.000.000 de pesetas, a que asciende la imposición a plazo fijo realizada por el señor C., y la deuda por mayor cantidad que dicho señor tenía en aquel momento con el Banco receptor de la imposición, y c) el tercer motivo, con idéntico amparo, acusa la infracción por aplicación indebida del artículo 1.196, números 1.º y 5.º, y artículo 1.200 del mismo Código sustantivo, y debe ser también estimado, ya que, como se dijo en la fundamentación que antecede, el señor C. y la Caja Rural son recíprocamente deudores y acreedores principales el uno del otro, en cuanto al conceder el crédito y al realizar la imposición actuaran en nombre y por cuenta propia, y en cuanto no existía sobre ninguno de los créditos retención o contienda al tiempo de producirse la compensación, es decir, al tiempo de realizarse la imposición, sin que, por otra parte, sea aplicable al caso de litis la normativa del artículo 1.200, dado que, según se ha reiterado abundantemente, en el caso de litis no existe el depósito que el precepto contempla como impositivo de la compensación.

F. C. L.

AGUAS. SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO. ACCION NEGATORIA. USUCAPION. ABUSO DEL DERECHO. Artículos 414 y 557 del Código Civil; 5, 10, 11, 14 y 127 de la Ley de Aguas de 1879 (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, estima parcialmente el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelante, en cuanto no resultó probada la existencia de los daños y perjuicios a cuya

indemnización se había condenado por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Guadalajara, sentencia que fue confirmada por la de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, y lo desestima en los demás motivos, conforme a los siguientes fundamentos:

1. En el primer motivo, formulado al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción, por no aplicación, del artículo 14 de la hoy ya derogada Ley de Aguas de 1879, vigente al tiempo de interponer la demanda, y del artículo 557 del Código Civil, argumentando, en síntesis, que al haberse interrumpido el aprovechamiento de las aguas por el titular del predio donde las aguas nacen durante más de un año y un día consecutivos, dicho titular pierde el dominio de las aguas no aprovechadas adquiriendo el derecho a ellas quien por igual espacio de tiempo las hubiere aprovechado, deduciendo de ello el recurrente que es aquí donde entra en juego el artículo 557 del Código Civil, que regula la servidumbre forzosa de acueducto, ya que partiendo —dice— del derecho de aprovechamiento que el artículo 14 de la Ley de Aguas le concede, lo único que el demandado hace es conducir sus propias aguas a través de un predio intermedio. Pero al argumentar así olvida el recurrente que el derecho de aprovechamiento por un tercero de las aguas que nacen en un fundo de propiedad privada, en los supuestos en que el dueño de éste no las aproveche en su totalidad o en parte (artículos 10, 11 y 14 de la Ley de Aguas), *sólo tiene lugar cuando «las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron y entran naturalmente a discurrir por otro de propiedad privada»*. A partir de ese momento, los dueños de tales predios *«inferiormente situados y los laterales, en su caso, adquieren, por orden de su colocación, la opción de aprovechar aquellas aguas y consolidar por el uso no interrumpido de su derecho»* (artículos 5 y 10 de la Ley de Aguas, a los que expresamente remite su artículo 14). Pero lo que no pueden hacer los dueños de tales predios inferiores o laterales, ni, por supuesto, ningún tercero, es penetrar en la propiedad privada para buscar aguas o usar de ellas sin la licencia de sus dueños por prohibirlo terminantemente el artículo 414 del Código Civil y el 127 de la repetida Ley de Aguas. Y lo cierto es que en el caso de autos —según expresa la sentencia de Primera Instancia— lo que hizo el hoy recurrente fue realizar el aprovechamiento *«por medios artificiales, no por el cauce natural del agua y desde que ésta sale de la finca, sino que la toma del agua se ha realizado en el mismo manantial con la construcción de una arqueta de cemento de forma viciosa y clandestina y sin conocimiento ni autorización del dueño»*, extremos éstos a los que es obligado atenerse por no haber sido impugnados en casación. Partiendo, pues, de la inexistencia de derecho por parte del recurrente al aprovechamiento abusivo que ha llevado a efecto, huelga hablar de servidumbre forzosa de acueducto, cuyo principal requisito consiste precisamente en acreditar el derecho a la disponibilidad de las aguas cuya conducción se intenta. Todo lo cual impone la desestimación del motivo.

2. Igual rechazo merece el correlativo, también articulado por el ordinal 5.º, en el que se acusa infracción, por no aplicación, del artículo 7 del Código Civil, en cuanto dispone que *«los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo»*. En este caso —dice el recurrente— se está ejercitando un derecho de propiedad inadmisibles desde

el punto de vista social, para privar de unas aguas que no se utilizan a quien realmente las necesita y viene utilizando. Pero tales argumentos carecen de virtualidad desde el momento en que el actor, aquí recurrido, *no intenta privar a nadie del uso de las aguas que naturalmente salen de su fundo*. Lo que justamente trata de impedir es que el recurrente, contraviniendo los ya citados artículos 414 del Código Civil y 127 de la Ley de Aguas, penetre en la propiedad ajena y sin permiso de su dueño verifique obras de captación en el mismo lugar en que las aguas nacen y conducir las de forma viciosa y arbitraria hasta su propiedad. Como ha declarado esta Sala, la doctrina del abuso del derecho ha de ser aplicada con especial cuidado, como de excepcional condición que es, y presupone, en cuanto institución de equidad, una actitud meramente pasiva del que sufre un daño en su patrimonio, sin culpa por su parte. En el caso de autos no cabe sostener que el actor procediese con abuso de derecho, puesto que ni se ha probado la intención de dañar ni la falta de un interés legítimo, ni procedió de mala fe (que sería necesario probar) o contra la función social del derecho ejercitado, cuyos límites normales fueron respetados. El actor se limitó a ejercitar normalmente un derecho que le corresponde según Ley, con la lícita finalidad de poner término a una transgresión jurídica, concurriendo, por tanto, a su favor una justa «causa *litigantis*», que excluye todo abuso de derecho (Sentencias de 5 de febrero y 9 de junio de 1959, 7 de julio de 1980, 31 de octubre de 1981, 9 de febrero y 25 de junio de 1983, 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 30 de junio de 1986).

3. Por la misma vía del ordinal 5.º se articula el tercero y último motivo, en el que se alega infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil. La sentencia de Primera Instancia, confirmada por la de apelación, sin hacer razonamiento alguno al respecto en los fundamentos legales, en la parte dispositiva condena al demandado «a los daños y perjuicios que hubieren podido causarse, y si los hubiere, que se fijarán en ejecución de sentencia», lo cual evidencia que el actor no probó en el momento procesal oportuno la existencia de tales daños y perjuicios y, consiguientemente, el Tribunal a quo debió absolver al demandado de tal condena, por cuanto es reiterada la doctrina de esta Sala que enseña que para que pueda prosperar la acción por daños y perjuicios es necesaria la prueba de ellos, sin que sean suficientes meras hipótesis o conjeturas, y ello sin perjuicio de que pueda dejarse para ejecución de sentencia la determinación del *quantum*, pero partiendo siempre de las bases sentadas a tal efecto en aquélla (Sentencias, entre las más recientes, de 3 y 7 de junio y 29 de septiembre de 1986), debiéndose estimar, por tanto, este motivo en los concretos términos que se indican.

SERVIDUMBRE. ACCION NEGATORIA (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica González-Felipe, declara no haber lugar al recurso de revisión interpuesto por el actor y apelante a quien se había desestimado el recurso de casación por falta de forma, conforme a los siguientes pronunciamientos.

1. Contra la Sentencia de 16 de octubre de 1981, dictada por la Sala

de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, recaída en el procedimiento instado ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital en ejercicio de acción negatoria de servidumbre que confirmó en parte la de primer grado, se ha formulado este recurso extraordinario y excepcional, no sin antes haberse preparado y formalizado el de casación que fue declarado inadmitido por esta Sala en Resolución de 10 de diciembre de 1982.

2. Ha de tenerse en cuenta que el recurso de revisión, por su carácter extraordinario y excepcional ya indicado, no es medio que autorice a los litigantes a proponer el nuevo examen de las cuestiones o extremos que ya tuvieron su lugar adecuado en el pleito a que afecte, pues en cuanto se trata de una acción autónoma encaminada a destruir la presunción de verdad que a la cosa juzgada atribuye el artículo 1.257 del Código Civil, obliga a una aplicación restrictiva de los presupuestos que lo regulan, no siendo documento decisivo, a efectos de revisión, aquel que ya ha sido tenido en cuenta por la sentencia de instancia, sin que su contenido tuviese alcance obstativo respecto al fallo (Sentencias de 18 de enero de 1958, 30 de junio de 1971, 13 de diciembre de 1982, 6 de mayo de 1983 y 10 de julio de 1986).

3. En esta inteligencia y conforme también a la doctrina jurisprudencial, la revisión de las sentencias firmes sólo procede por alguno de los motivos rigurosamente tasados en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias de 21 de febrero, 17 de septiembre y 15 de noviembre de 1983 y 3 y 14 de julio de 1986), y es el caso que aquí acontece, que no se especifica en la fundamentación jurídica del recurso cuál o cuáles de los supuestos taxativamente comprendidos en dicho precepto es el que concurre en este recurso, lo que ya de por sí bastaría para su rechazo. Pero es que aún profundizando en el contenido del escrito inicial no se atisba cuál sea la regla procesal a la que se acoge el recurrente, pues si la base fáctica en que se apoya es la existencia del recibo de 17 de junio de 1967 y la escritura pública de 16 de junio de 1972, como quiera que según reconoce la recurrente en la alegación sexta, fueron presentados por el demandado don A. M. M. al contestar la demanda en la fase de Primera Instancia, quiérese decir, que son absolutamente inadecuados para servir de soporte al montaje de un recurso de esta naturaleza, pues como apunta la Sentencia de 14 de julio de 1986 —con cita de las Sentencias de 3 de marzo de 1983 y 2 de julio de 1985—, para aplicar la normativa del número 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es menester que el documento o documentos en cuestión hubiesen estado detenidos por fuerza mayor o por malicioso proceder de la parte favorecida por la sentencia impugnada, o lo que es igual, que habiéndolo tenido en su poder el interesado que insta la revisión lo haya perdido o, que noticioso de su existencia durante el pleito, no hubiese podido aportarlo a causa de fuerza mayor o por culpa del adversario, cuyas circunstancias obviamente no concurren en el caso que aquí se contempla.

4. Peores condiciones fácticas y jurídicas concurren en la certificación registral de 28 de octubre de 1985, que en forma subliminal se ofrece en el último párrafo de la alegación octava del escrito del recurso, como acreditativo del fraude o de la falta de elementos probatorios auténticos y de plena fiabilidad con que se dictó sentencia firme en el procedimien-

to ahora cuestionado, pues en definitiva a esas causas se reducen los supuestos previstos con régimen de *numerus clausus* en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y decimos, que esa certificación jamás podrá gozar de una virtualidad revisoria, en el sentido y con la finalidad que es exigible en un recurso que es capaz de quebrantar la verdad jurídica de la cosa juzgada material (art. 125, 1, 2.º, CC), dado que la certificación obtenida de un Registro como el de la Propiedad, que tiene un propósito definido y trascendente en su existencia, cual es la de publicidad formal de sus asientos (arts. 221 a 237 LH y 232 a 355 de su Reglamento), como premisa insoslayable e indefectible de los principios hipotecarios de legitimación y fe pública registral, pivotes de la publicidad material de su contenido, cualesquiera que sea su fecha —la fecha de la certificación—, como documento que es definitivamente según la expresión de los artículos 1.261 del Código Civil y 596, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede ser tenida en cuenta a efectos de revisión, puesto que es una simple constancia exteriorizada de un contenido registral, sustancialmente público y al que en cualquier ocasión, motivo o fecha, se tiene acceso por todos los que tengan un interés en consultarlo, cuya posibilidad manifiestamente está desmintiendo cualquier alegato de retención, apoderamiento, ignorancia, ocultación, o, en definitiva, alguna maquinación fraudulenta, para sustraer el contenido material del documento al conocimiento del órgano judicial, para su tenencia en cuenta como elemento de juicio, para conseguir arteramente de esta suerte, una resolución firme contraria al adversario y favorable al maquinador, pues a ello se reduce consecuentemente el mandato del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

F. C. L.

ACCESION. MUTACION DE CAUCE.—Artículos 370 y 372 del Código Civil
(SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1987).

El actor, propietario de dos fincas rústicas que lindaban originariamente con el río Cinca, pretende que se declare su derecho de propiedad sobre el cauce del río abandonado en toda la longitud del terreno ribereño que le pertenece, frente al demandado que lo había inscrito registralmente a su favor como exceso de cabida.

El Juzgado de Primera Instancia de Fraga desestimó la demanda basado fundamentalmente en que en las descripciones de las fincas del actor no se dice que éstas lindan con el río, sino que lindan con camino. (Este camino había sido construido por los vecinos del pueblo bordeando la orilla o ribera con carácter provisional para transportar materiales para la defensa del río.)

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza estima el recurso de apelación interpuesto por el demandante y revocando la Sentencia del Juzgado declara que el actor es propietario de la parte abandonada del cauce del río Cinca comprendida entre los límites constituidos por el camino, las prolongaciones de los linderos Norte y Sur de sus fincas y el cauce actual del mismo río, procediendo la reducción del correspondiente exceso de cabida inscrito a favor del demandado.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la parte demandada y apelada, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al mismo conforme a los siguientes fundamentos:

1. Debe comenzarse el estudio y resolución del presente recurso de casación por los cinco últimos motivos, relativos a la cuestión de hecho y fundamentados en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; es decir, alegando el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. A tal efecto el motivo 7.º del recurso impugna la apreciación de hecho de la sentencia recurrida, cuando dice que las dos fincas del actor ahora recurrido antes de 1940 lindaban con el río Cinca, mientras que para una de ellas, no para la otra, la escritura de 4 de noviembre de 1977 dice que por el Este y Sur linda con camino. El motivo ha de ser desestimado porque, en primer lugar, lo que asevera el motivo no contradice ni demuestra error alguno de la Sala de instancia al afirmar que hasta que se construyó el camino, hacia 1940, ambas fincas lindaban con el río (Considerando primero, A); después se construyó el camino, que en un principio tenía carácter provisional para bajar materiales para la defensa del río, pasando también por el límite este de la finca del recurrente, cuyo dueño a la sazón más allá del camino plantó árboles, mientras que no lo hizo así el antecesor del recurrido en lo relativo a su parte ulterior al dicho camino. En segundo lugar, no se probó que entre las fincas del demandante y el río se interpusiese finca alguna ajena, al tratarse de terreno que desde 1907 estuvo anegado por el río que en años sucesivos lo fue dejando desecar y añadiendo más tierras. Así resulta del documento, que evidentemente contradice lo afirmado en el recurso, obrante al folio 95 de los autos, extendido por el Ayuntamiento de Torrente de Cinca. En definitiva, existe la misma razón para ambos litigantes en cuanto a poseer el terreno respectivo situado más allá del citado camino, sin que pueda haber diferencia alguna basada en que uno de ellos plantó chopos frente su parcela y el otro no.

2. El motivo octavo impugna la afirmación de hecho de la Sala *a quo*, de que la finca del demandado y recurrente linda por el Este con camino cuando según la escritura de 17 de febrero de 1982 figura que linda por Este y Sur con el río. El motivo debe ser también desestimado, porque la escritura aducida es muy posterior a la situación de hecho a que se refiere la sentencia recurrida, y refleja tal documento una situación provocada por la conducta del demandado que agrupó o añadió a su finca un terreno mucho mayor procedente de la orilla del río incluso en su parte situada entre las fincas del recurrido y el río. Tampoco se revela, por consiguiente, la supuesta equivocación de la Sala de instancia, lo que da lugar a la desestimación de este motivo.

3. En el motivo noveno se acusa otro supuesto error de la sentencia recurrida, ahora consistente según el recurso en que la mutación de cauce del río Cinca en los lugares de referencia no se produjo hasta 1940, sino a partir de este año. No se alega ningún documento concreto que acredite lo que se afirma, pero del referido informe del Ayuntamiento de Torrente de Cinca se deduce claramente que después de 1907, como con-

secuencia de las riadas, desapareciendo unas tierras aparcadas y que ha sido a partir de 1940 cuando el río ha ido dejando más tierras, lo que ocasionó la variación de cauce por aluvión; de todo ello se deduce que la afirmación de la Sala de apelación se refiere a un punto en el tiempo aproximado, sin que concrete si lo cuenta desde antes o desde después, con lo que queda desvirtuado el supuesto error, que por otro lado sería intrascendente, dados los hechos que aparecen acreditados en el sentido expuesto y en los que se basa asimismo la sentencia impugnada.

4. El motivo décimo, también relativo a cuestión de hecho, afirma que el río Cinca es navegable y flotable, circunstancia que no niega la sentencia que se recurre, y sin que el motivo revele error en este punto de aquélla, por lo que ha de ser también desestimado, aparte de no basarse en documento alguno oportunamente aportado a los autos. Y, por último, en cuanto a la *questio facti*, el motivo undécimo afirma que se equivoca la Sala al mantener que la mutación de cauce operada entre los años 1907 y la actualidad se debió a un hecho natural, mientras que las pruebas, sin decir cuáles ni señalar documentos idóneos, demuestran en sentir del recurrente que el Estado y los vecinos han trabajado en defensa de sus propiedades. Pero esta afirmación no contradice que la mutación del cauce fuese natural o debida a causas naturales, como son las riadas o avenidas, de las que continuamente se habla en los autos, así como de tierras arrastradas por el río, cuyos efectos trataron de paliar en lo posible los vecinos, pero ello no da carácter artificial o no natural a la variación del cauce del río en el supuesto debatido. En definitiva, ha de ser rechazado este motivo, quedando con ello como base del fallo de casación la situación de hecho en que se basó la sentencia recurrida para la estimación de la demanda.

5. Tal situación de hecho se recoge esencialmente en el considerando primero de la sentencia recurrida, donde se pone de relieve: a) Que las fincas del demandante, ahora recurrido, parcelas números 63 y 64 del polígono 2, lindaban con el río Cinca hasta que se construyó el camino hacia 1940, lo mismo que la parcela número 61 bis, propiedad actualmente del recurrente. b) El camino fue construido por los vecinos después del año 1940, sirviendo para paso y con el fin de bajar materiales para la defensa del río, no para deslindar propiedades separándolas de las riberas fluviales, aunque actualmente se trata de un camino de uso general. c) La parcela del demandado, número 61 bis, también fue atravesada por el mismo camino en su lindero Este, y hasta el 17 de febrero de 1982 figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad con una extensión de 20 áreas y 80 centiáreas, y a partir de aquella fecha se le dio una extensión de tres hectáreas y una área por la variación del curso del río, y solicitó el actual recurrente la inmatriculación de este exceso de cabida en el Registro de la Propiedad. d) El demandado y recurrente aportó a los autos un documento privado de fecha 4 de febrero de 1983, de compra de una parcela de 32 áreas entre el camino y el río enfrente de las tierras del demandado y recurrido, documento que ha sido impugnado por la contraparte, parcela cuya existencia no se acreditó en los autos, ni que esté situada entre las parcelas números 63 y 64 y el río Cinca.

6. Los motivos primero y sexto se refieren a la impugnación de la cuestión de Derecho y todos ellos se basan en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el primero se alega la apli-

cación indebida del artículo 370 del Código Civil, y en los motivos tercero y sexto se vuelve a alegar la infracción del mismo artículo 370, respectivamente por aplicación indebida e interpretación errónea. El recurso parte de que la existencia del camino a que se ha hecho referencia impide que los predios del demandante y recurrido lindén con el río, también de que la variación del curso del río no fue natural y que se pretende acomodar la extensión de los predios citados según el curso actual del río. Dichos tres motivos han de perecer por las siguientes razones: a) No se atiene a la situación de hecho probada estimar que el camino limita los predios del actor y recurrido, pudiendo afirmarse, según se vio, que en la misma situación respecto del camino y su extensión más allá del mismo se hallan tanto los predios del actor como los del demandado. b) Tampoco se atiene a los hechos probados sostener que la variación del cauce del río no fue por causas naturales, y no por obra del hombre, puesto que fue debido a las riadas y avenidas que se sucedieron. c) Tampoco el motivo sexto se atiene a los hechos probados, puesto que la mutación de cauce no tuvo lugar de forma súbita en 1940, sino que se ha sucedido por aluvión a partir de ese año hasta mucho después y la estimación de la demanda implica, como se pide en el suplico, la prolongación ortogonal de los linderos de las fincas del actor «hasta la orilla del río Cinca», sin que se especifique ni se haya debatido en la litis a qué época o fecha ha de referirse, por lo que es lógico entender, como ha hecho la Sala *a quo*, hasta «el cauce actual del río». No ha habido, pues, infracción en concepto alguno del artículo 370 del Código Civil, incluyendo en su ámbito por analogía, no sólo el abandono de cauce, sino la mera variación o alteración del mismo por el cambio natural del curso de las aguas, lo que da lugar a que los dueños de los terrenos ribereños se atribuyan las partes del cauce dejadas libres por la corriente de las aguas en la longitud respectiva a cada uno, o, como se ha solicitado, en la prolongación ortogonal de los predios afectados.

7. Los motivos segundo y cuarto se basan en el hecho, no acreditado, de que las parcelas del demandante y recurrido no colindan con el río Cinca, y sostiene, en contra de la agrupación de fincas efectuada por el propio recurrente, que los terrenos entre camino y río serían de uso general por serlo el camino y como accedidos al mismo; y, por otro lado, la condición de ribereño del demandante, sancionada por las pruebas practicadas en la litis, es el presupuesto de hecho que el artículo 370 del Código Civil considera suficiente para que le pertenezcan los terrenos dejados por las aguas en toda la longitud de sus fincas; terrenos cuya identificación no se ha discutido en la litis, pues son los situados entre dichos predios y el río. Todo ello teniendo en cuenta que la acción declarativa de dominio, que ha sido la ejercitada en la demanda, exige para su éxito los mismos requisitos que la acción reivindicatoria; debiendo consiguientemente ser desestimados los motivos segundo y cuarto del recurso.

8. Por último, el motivo quinto, alega la inaplicación del artículo 366 del Código Civil, y subsidiariamente de los artículos 370 y 372 del mismo Cuerpo legal, sosteniendo que la finca del recurrente colinda por Este y Sur con el río y no obstante la sentencia recurrida no le concede accesión al menos por el Sur, lo mismo que al actor le corresponde por el Este. Pero el fallo de la sentencia recurrida no deriva que se pronuncie en

contra del derecho de accesión en la parte correspondiente a la finca propiedad del demandado recurrente, sino que como consecuencia de reconocer el derecho de accesión del demandante únicamente declara que procede «la reducción» de la cabida de la inscripción de la finca del demandado en la extensión que resulta tener la parte del dicho cauce atribuida al señor P., al que se atribuye «la parte que resulte» del indicado cauce; todo lo que implica reconocimiento del derecho de accesión del recurrente en la parte que conforme a las normas legales vigentes le corresponde, sin menoscabo del derecho de los dueños colindantes. Por tanto, no se infringe en el fallo recurrido ninguno de los preceptos legales invocados en este motivo, que, en consecuencia, ha de ser desestimado, así como la totalidad del recurso.

F. C. L.

DERECHO DE SUPERFICIE. CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS». EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES. EQUIDAD.—Artículos 3, apartado 2; 1.091, 1.255 y 1.258 del Código Civil (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1987).

(La cláusula *rebus sic stantibus* tiene su propio campo de aplicación en las relaciones *inter partes* del derecho de obligaciones, no encajando en la rigidez propia de los derechos reales con eficacia *erga omnes*.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica González-Elipe, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, con base a los siguientes fundamentos:

1. Con ocasión del derecho de superficie constituido por la después demandada y hoy parte recurrida, sobre finca de su pertenencia a favor de la Sociedad recurrente por término de diecisiete años que vencían de conformidad a lo pactado el 31 de diciembre de 1981, la Entidad superficiaria, con base fundamentalmente en el aumento del valor de las edificaciones por ella construidas en el referido predio como prestación esencial de los contratos de 1965 (marzo y abril) y de la diferencia entre los cánones convenidos y satisfechos anualmente a la superficiante y lo que realmente podría haber obtenido como renta arrendaticia por alquiler de temporada de verano del complejo hotelero construido y explotado a sus expensas, solicitó en su demanda inicial la sociedad recurrente que «se declarara prorrogada por el plazo que estime procedente, la duración del derecho de superficie cedido por la demandada a mi poderante sobre la finca registral número 2.554 del Registro de la Propiedad de Villanueva y Geltrú..., libro 40 de Sitges..., mediante el pago por mi principal a la demandada del canon anual que asimismo estime procedente». Para ello el alegato jurídico hacia hincapié en el principio de equidad o aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* como igualmente cualquier fórmula correctora de la simplista aplicación de la regla *pacta sunt servanda*, en

atención a la desorbitante desproporción de las prestaciones recíprocas de las partes de acuerdo con lo convenido, por el advenimiento de circunstancias económicas en el transcurso del tiempo que hacen irritante el cumplimiento literal del contrato.

2. El recurso presente, una vez denegada la pretensión de la demandante en ambas instancias, se apoya en sus tres motivos, en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reiterando su postura inicial y mantenida a lo largo del proceso, en el acogimiento de una fórmula correctora de los predicados establecidos en los artículos 1.091, 1.255 y 1.258 del Código Civil, para que salvando el formal respeto a lo contratado, se establezca como instrumento de equilibrio de las prestaciones que se dicen desprovistas actualmente de toda ponderación económica, la precitada prórroga del derecho de superficie, a cuyo fin en el motivo primero cita las Sentencias de esta Sala cuya doctrina estima infringida por no aplicación, así como en el tercero de los motivos, invoca como conculcado el artículo 3, 2, del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta por falta de aplicación, no sin antes hacer énfasis en el segundo de los motivos al entender que los preceptos sustantivos citados al principio han sido erróneamente interpretados en las sentencias de instancia; y ello quiere decir que el recurso se encauza por la vía jurídica exclusivamente, permaneciendo intocados los pronunciamientos fácticos de aquéllas, pero obvio es, que los tres motivos giran con una exclusiva orientación y como quiera que se basa en el entendimiento de que la relación jurídica negocial si bien fijada en sus términos en el momento del contrato que le dio vida, queda sujeta a las contingencias e influjos de las circunstancias nuevas que se produzcan a lo largo del tracto continuo de la duración y desarrollo del negocio jurídico que no se agota en un solo tracto, sino que requiere la permanente interrelación de prestaciones de las partes durante un lapso de tiempo determinado, en cuyo supuesto, que la recurrente entiende que produce aquí, han de modificarse las prestaciones de manera y modo que se pueda restablecer su equilibrio y es claro que tanto la aplicación de la implícita cláusula *rebus sic stantibus et aliquo novo non emergentibus*, como por la de la teoría más subjetiva de la quiebra o desaparición de la base del negocio, como la de la equivalencia de las prestaciones o de la equidad al amparo del artículo 3, 2, del Código Civil, no son sino distintos mecanismos que la jurisprudencia y la técnica doctrinal utilizan para enmendar el pretendido desequilibrio producido en el cumplimiento del contrato a lo largo del tiempo en que, en forma continuada, haya de producirse. En consecuencia, poniendo de relieve los puntos básicos de la doctrina de esta Sala quedarán resueltos los tres motivos.

3. A partir de la importante Sentencia de 13 de junio de 1944 la doctrina ya consolidada estima como premisas imprescindibles para su aplicación: 1.ª Alteración extraordinaria de las circunstancias, al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su celebración. 2.ª Desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que derrumbe el contrato por aniquilamiento de las prestaciones. 3.ª Que todo ello acontezca por la supervivencia de circunstancias radicalmente imprevisible. 4.ª Que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio (Sentencias de 6 de junio de 1959, 31 de marzo de 1960, 31 de octubre de 1963, 27 de junio de 1984 y 17 de mayo

de 1987). Y ello indica la extremada cautela de su aplicación, pues no en balde el propio artículo 3.º, 2, del Código Civil dice «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita», lo que evidentemente no se da en el caso presente, pues ello equivaldría a dejar ineficaz la fiel observancia de los preceptos sustantivos que se dicen violados por interpretación errónea en el segundo motivo.

4. No hay que olvidar: A) Que el aumento de valor del inmueble no es consecuencia de una prestación continua o permanente y periódica de la Sociedad recurrente, sino que es producto tan extrínseco a la dinámica negocial como lo es la plusvalía, es decir, el resultado del general y común descenso del valor de las monedas en que se cifra dicho valor, pero la construcción de los edificios y demás elementos inmuebles del complejo hotelero fueron sí, una prestación convenida a la que se obligaba la superficiaria, pero aquella prestación, por su propia naturaleza, constituyó una realización de tracto único que se agotó en el transcurso de los dos primeros años de la vigencia del derecho de superficie, sin que, por tanto, la actividad negocial de la superficiaria a que se refiere tal prestación haya contribuido en la obtención de su aumento de valor. B) Que el aumento de valor era una circunstancia tan previsible que en el propio contrato se va aumentando el canon a satisfacer por la Entidad recurrente, en el transcurso de los años porque a los contratantes no podía serles desconocido, por ser notorio y de común conocimiento, el mayor costo de la vida por la devaluación monetaria ya expuesta, operando como una cláusula convenida y concretada específicamente en punto a su cuantía, de estabilización de las prestaciones recíprocas. C) No será lógicamente tan irritante y oneroso el supuesto desequilibrio de dichas prestaciones, cuando la parte recurrente propugna la continuación del derecho de superficie sin importarle la cuantificación del canon en la prórroga, sin que pueda computarse como factor supuestamente desequilibrador de las contraprestaciones el aumento de valor del inmueble que ha de revertir a la superficiante, como tampoco podría propugnar ésta lo contrario en el caso posible de disminución de valor (minusvalía). D) Por su carácter de derecho real con virtualidad *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad (arts. 2, 2.º, y 107, 5.º, LH y 16, 1.º, de su Reglamento), está sometido a un estatuto, cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente que son propias de las relaciones negociables de índole personal dentro del campo del Derecho de obligaciones, en las que su natural fluidez propician esas medidas en pro de la mayor ponderación en las prestaciones recíprocas. No se dan, por tanto, los requisitos exigidos por el ordenamiento y doctrina legal para el éxito de los motivos del recurso.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL. NULIDAD DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.—Artículos 1, 2, 5, 6 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada (Comunidad de propietarios) y apelante contra la Sentencia de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gijón declarando la nulidad por vicios formales de los acuerdos de la Junta extraordinaria de la Comunidad de propietarios, conforme a las siguientes consideraciones:

1.ª Como iniciación de esta sentencia, se hace preciso en aras de su mejor estudio y solución dejar fijados los presupuestos de hecho que bien por no aparecer combatidos en forma, bien al estar aceptados por los contendientes, merecen el calificativo de probados. Tales datos son: I) En el artículo 8.º de los Estatutos de la Comunidad demandada (Conjunto Residencial Santa Olaya) aparece, bajo el epígrafe «Elementos comunes», lo siguiente: «La avenida central y los andenes que enlazan los distintos bloques son de uso público. No obstante, la Junta de Propietarios podrá establecer determinadas restricciones en su uso, en beneficio de la seguridad y reposo de los residentes. No son en cambio de uso público las zonas de aparcamiento de vehículos, que se reservan para quienes viven en el conjunto residencial, tolerándose únicamente el estacionamiento temporal de los vehículos de quienes visitan algún local o vivienda del conjunto». II) Lo que se denuncia por la parte actora, Comunidad de Propietarios del «Antiguo Solar Aceites Vegetales, S. A.» (en lo sucesivo, COPRAVESA), es la instalación por la Comunidad de propietarios demandada en el bordillo de la acera del local de que es propietaria de unos tubos en forma de U invertida que obstaculizan totalmente el acceso a los locales de su pertenencia de toda clase de vehículos. III) La Comunidad demandada, mediante citación cursada el 19 de enero de 1985, convoca a los propietarios de pisos y locales del inmueble Santa Olaya, «... en primera convocatoria, a las 7 de la tarde, y en segunda a las 7'30...», en el «Orden del día» de dicha citación no aparece ningún epígrafe relativo a «Ruegos y preguntas». IV) En referida Junta, bajo el epígrafe de «Ruegos y preguntas» y en segunda convocatoria se trató lo relativo a una jardinera que se había instalado a la entrada de un local comercial, la cual se acordó retirar. También se sometió a discusión otro tema que se indicaba en el ya citado epígrafe de «Ruegos y preguntas», el relativo a no permitir la circulación de vehículos y camiones por encima de la acera, como venía aconteciendo en determinados lugares, por cuanto con ello, según la citada Comunidad, se rompían los bordillos, y a fin de evitar dichas actuaciones se acordó colocar en los bordillos de las aceras aros que impidieran el acceso de vehículos y camiones. Dichas cuestiones figuraban bajo los números 2.º y 3.º del apartado 5.º del Orden del día, epígrafe «Ruegos y preguntas». V) A referida Junta y en segunda convocatoria asistieron 152 propietarios, con una participación económica del 70,89 por 100. La cuota de la actora COPRAVESA, que asistió a la misma, es del 22,92 por 100. VI) El acuerdo fue aprobado

por los asistentes, salvo, al parecer, el voto de la actora y aquí recurrida, que no consta hiciera advertencia alguna a que se tratara en Junta bajo el citado apartado de «Ruegos y preguntas» ninguno de los temas discutidos. VII) COPRAVESA replica en su demanda que se declaren nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en la Junta extraordinaria ya citada que se encuentran comprendidos en los puntos 2.º y 3.º del extremo 5.º del citado epígrafe, los cuales han sido precisados en el apartado IV) de este fundamento, por estimar son contrarios a los Estatutos y, en todo caso, por contrariar lo dispuesto en el artículo 15 y concordantes de la Ley de Propiedad Horizontal.

2.º Sobre la base de los elementos fácticos que se dejan señalados y dando un primer paso en la estructuración del contenido jurídico de este recurso, se hace preciso igualmente señalar que en él y cual aconteció en la segunda instancia los temas de discusión son en realidad dos: a) El relativo a la competencia del Juzgado de Primera Instancia ante quien se presentó la demanda y por el que se decidió el juicio, ya que según la Comunidad de propietarios Santa Olaya, y por aplicación de la norma 5.ª en relación con la 2.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, era al Juez de Distrito a quien correspondía la competencia para conocer de la cuestión (motivación 2.ª). b) El que versa sobre si el acuerdo adoptado es contrario a los Estatutos o infringe algún precepto de la citada Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto los arcos de hierro, aun cuando no vulneren el derecho de los propietarios singulares a abrir puertas o huecos en su fachada sobre la calle o plaza interior de la comunidad, su instalación según la entidad actora COPRESA «impiden en absoluto el acceso al local comercial de vehículos» de la misma (motivación primera).

3.º Así fijado el dintorno fáctico-jurídico sobre el que va a discurrir el presente recurso, y siguiendo la sistemática observada por esta Sala respecto al examen de los motivos atendiendo al ordinal del artículo 1.692 de la Ley Rituaria en que se encuentren amparados, es obvio que el primero a contemplar ha de ser el señalado con el número 2.º del escrito de la recurrente, ya que, cual se ha dicho, en él se denuncia bajo el marco procesal del párrafo segundo del citado artículo de la Ley de Ritos, la incompetencia o inadecuación del procedimiento por infracción de lo dispuesto en el artículo 16, norma 5.ª, de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con la norma 2.ª del mismo precepto. La motivación decae, en cuanto parte de una inexacta a la vez que personalmente interesada interpretación de la normativa que se dice infringida, al pretender atribuir a la denominada Justicia de Distrito la competencia para conocer de la litis que aquí concluye. El error radica, como se desprende de la sentencia impugnada, en no hacer tenido en cuenta que la norma 5.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal que se dice infringido, viene referido única y exclusivamente a los supuestos descritos en el párrafo 3.º de su norma 2.ª, así como en la 3.ª, ninguno de los cuales es el aquí comprendido.

4.º En cuanto a la motivación primera, en ella se imputa a la sentencia recurrida con residencia formal en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, la vulneración del artículo 6.º en relación con los 5.º y 16, 1.º y 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal. Su apoyo razonado se encuentra en que para la Comunidad de propietarios «Santa Olaya» el

acuerdo discutido «se enmarca entre los de mera administración para regular detalles de convivencia y adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, para los que viene facultada la Comunidad de Propietarios a medio de su Junta en el artículo 6.º de la Ley de Propiedad Horizontal». Asimismo y para reforzar su argumentación se dice que CO-PRAVESA, «propietaria de un local colindante en la vía pública —por la que tiene su frente y entrada natural y con el terreno de desahogo del edificio por su parte posterior, del que está separado por una acera encintada de acceso a los diversos portales del inmueble; extremos estos reconocidos por la misma demandante y que obran probados en autos—, pretendía abrir un hueco de entrada por dicha fachada posterior para servir de entrada y salida de vehículos a su local, fundándose en el derecho que tenía concedido por los Estatutos al facultarle a abrir huecos a tal fachada», razones por las que, en opinión de la recurrente, la instalación de los arcos en U ni es contraria a los Estatutos ni impide el acceso de vehículos al local de la actora.

5.º Esta motivación no puede prevalecer, dado que todo en ella gira en torno a una cuestión de puro hecho, de la cual, si bien derivan efectivamente interesantes consecuencias jurídicas que después serán contempladas a los efectos que se indicarán, no son medio adecuado para la admisión de la motivación ni por lo tanto del recurso. En efecto, el presente recurso viene construido, cual se ha puesto ya de relieve, con sustento procesal en dos motivaciones de las que la segunda se asienta en el ordinal 2.º y está en el 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos. Ningún motivo se ha formulado, por tanto, con apoyo en el número 4.º de dicho precepto, único que permitiría a esta Sala adentrarse en la contemplación de la prueba documental. Por otra parte, nada tampoco se ha hecho para acreditar la verdadera situación fáctica existente en el lugar de autos en orden a las consecuencias que la instalación de los tubos en U hayan podido producir, ni en favor de la tesis sustentada por la actora ni en la que es mantenida por la demandada y aquí recurrente, todo lo cual conduce ineludiblemente a aceptar la declaración contenida en el fundamento 4.º de la Sentencia impugnada de que «la instalación de tales arcos de hierro impiden en absoluto el acceso al local comercial de vehículos, habida cuenta que su destino no es otro que la exposición de automóviles». Y no puede olvidarse a tales efectos la apática conducta procesal de la Comunidad de Propietarios «Santa Olaya», por cuanto si bien tanto ella como la actora interesaron en su momento la prueba de reconocimiento judicial, que fue admitida, el hecho de no haberse practicado «por atenciones de índole preferente, de carácter penal», no eximía a la demandada de haber reiterado su práctica a título de diligencia para mejor proveer en primer instancia y, en su caso, de solicitarla nuevamente en segunda instancia al amparo de lo dispuesto en el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nada de lo cual fue interesado. Por último y en cuanto a la infracción del artículo 6.º de la Ley de Propiedad Horizontal que se acusa, su alegación es inoportuna dado que viene referido a los Reglamentos y no a los Estatutos.

6.º Mas no se limitan a lo indicado las causas que producen el periciminto de este motivo. En efecto, de acuerdo, efectivamente, que como en él se indica el acto sobre el que se proyectó el acuerdo aquí discutido no es de disposición y sí de administración, por lo que su adopción no

requiere unanimidad. Pero esto ya lo declaró la sentencia impugnada y carece de trascendencia a los efectos pretendidos por la recurrente. Lo verdaderamente esencial es el acierto o error de dicha resolución, cuyo fallo declara la nulidad de los acuerdos adoptados por la Comunidad de Propietarios «Santa Olaya» en la Junta extraordinaria de 25 de enero de 1985, relativos a la instalación de los tubos o aros de hierro en forma de U, así como la prohibición de circular vehículos y camiones por las aceras, tomando para tal decisión como punto de partida, que referida limitación «... en ningún momento se estableció en los Estatutos ...», y que, además, con ello «... se está vulnerando lo dispuesto en el último párrafo del artículo 10 de la misma Ley .» (Considerando 4.º).

7.ª Por las consideraciones hasta este momento hechas, es evidente que el fallo impugnado es adecuado. No obstante, sobre la base de los supuestos fácticos señalados en el primero de estos fundamentos y al margen del rechazo del motivo que se está examinando por las razones que han quedado expuestas, es conveniente poner de relieve como colofón de esta sentencia, la obligación que tiene esta Sala, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.º, 6, del Código Civil, de contribuir en el desempeño de las atribuciones que le vienen conferidas, tanto a completar el ordenamiento jurídico como a señalar módulos para la interpretación de las normas discutidas o discutibles, concretamente, en este caso, de las que por virtud del recurso son objeto de discrepancias.

8.ª Centrado así el objeto de los siguientes fundamentos, se procede a su delimitación como base de la exposición interpretativa normativo-doctrinal que esta Sala va a realizar: a) Cual ha quedado en su momento indicado, la Junta extraordinaria, tantas veces citada, en que se aprobó lo aquí discutido, se celebró en segunda convocatoria. b) Esta se realizó en la misma citación que la primera y para media hora después si aquella no se pudiere celebrar por falta de quórum. c) El artículo 16, norma 2.ª, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal dice que cuando la mayoría no pueda obtenerse por falta de asistencia personal, «se procederá a una nueva convocatoria con los mismos requisitos que la anterior...». d) Esta Sala, ya en Sentencia de 13 de octubre de 1982, interpretando el citado artículo, norma y párrafo estableció que la validez de los acuerdos que hayan de adoptarse por mayoría caso de no concurrir el quórum exigido por la Ley, exigen se haga «una nueva convocatoria con los mismos requisitos que la primera», lo cual es distinto de lo aquí verificado, esto es, realizar en la misma citación las dos convocatorias conjuntamente y para el mismo día, con media hora de diferencia entre una y otra. La citación hecha vulnera, por tanto, la clara dicción del párrafo segundo de la norma segunda del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y la exégesis que del mismo realizó esta Sala en la sentencia que se ha dejado indicada. Y si bien es cierto que por un viciado, aun cuando generalizado uso, posiblemente inspirado en una también viciada práctica inspirada en las convocatorias de las Sociedades Anónimas (art. 53 de la Ley reguladora), se vienen refundiendo en las citaciones para las referentes a la Propiedad Horizontal ambas convocatorias con un lapso de tiempo entre una y otra que no suele exceder de las dos horas, ello, en este régimen de bienes, constituye un uso o práctica *contra legem* y, por tanto, originador de nulidad radical.

9.º Se pasa así a la contemplación del extremo relativo a si el acuerdo referente a la instalación de los aros de hierro en forma de U por la Comunidad de propietarios recurrente es contrario a los Estatutos, como se pretendía por la actora y parece declararse por la sentencia impugnada (Considerando 4.º), o si como se pretende en el motivo primero, ello no es acertado. Para resolver dicho extremo, es esencial fijar la atención en el presupuesto de hecho de que se ha dejado expuesto en el apartado I) del primer fundamento, en el cual se transcribe el contenido del epígrafe «Elementos comunes», referente al punto aquí discutido. De su contenido aparece con la suficiente claridad, en opinión de esta Sala, que la posibilidad de realizar dicha instalación entraba perfectamente en el ámbito de las facultades de la Junta y no implica transgresión de las normas estatutarias. Por ello, tal calificación de contraria a los Estatutos no resulta admisible. Y sólo resta un tema a examinar, que no obstante su interés práctico e incluso jurídico no ha sido objeto de la debida atención. Se trata del epígrafe «Ruegos y preguntas», que, cual se indicó en los apartados III) y IV) del primer fundamento, no aparecía en el «Orden del día» de la convocatoria adjunta a la citación para la Junta cuestionada. El artículo 15 de la tantas veces citada Ley de Propiedad Horizontal señala los requisitos que debe reunir la convocatoria para las Juntas de propietarios y concretamente, por lo que a dicho extremo se refiere, que ellas se indiquen «... los asuntos a *tratar* y hora, día...». La convocatoria enviada a los propietarios para la indicada Junta extraordinaria no contenía el epígrafe «Ruegos y preguntas», que aún cuando en términos generales suele ir referido a asuntos no demasiado trascendentes y generalmente de orden interno, en el caso aquí contemplado no acontecía, así como acredita este proceso. Resulta evidentemente sorpresivo para la buena fe de los copropietarios asistentes a estas Juntas enfrentarse con unos «Ruegos y preguntas» de la entidad de los comprendidos en el epígrafe aquí estudiado. Y si bien es cierto que en el supuesto contemplado la circunstancia de no haber opuesto objeción alguna COPRAVESA, asistente a la misma, encierra un tácito asentimiento a su tratamiento y votación, no lo es menos que si se hubiere formulado y justificado su protesta el mantenimiento en la Junta de dichos «Ruegos y preguntas» habría sido causa de nulidad de todo lo bajo ese aspecto tratado y discutido.

COMENTARIO.—Es de advertir que la declaración de la sentencia de ser contrario al artículo 16, norma 2.ª, de la Ley de Propiedad Horizontal el citar en segunda convocatoria conjuntamente con la primera y para el mismo día con media hora de diferencia entre ambas ya no es de aplicación, pues ha sido admitido por la Ley 2/1988, de 23 de febrero, que modifica, entre otros, el citado precepto legal.

F. C. L.

COMUNIDAD DE BIENES. DIVISION. SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. EXTINCION.—Artículos 392, 600, 1.062, 1.700 y 1.708 del Código Civil (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley estimando que existe extinción de la comunidad de bienes, interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había revocado en parte la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Cervera, conforme a los siguientes fundamentos.

1. Suscrito por el demandante y el fallecido causante del demandado un documento privado de fecha 28 de abril de 1972 en el que, luego de relatar la compra, por aquél a éste, de la mitad indivisa de una finca sobre la que el comprador había edificado a su costa y con consentimiento del transmitente, una nave destinada a granja, convienen constituir entre ellos «una comunidad por mitad y *pro indiviso*», a la que uno aporta el inmueble construido y el otro «la finca o solar descrito que figura como vendido en su mitad indivisa «puntualizando seguidamente que» las cuotas de cada uno en la comunidad serán iguales en todo caso», comprometiéndose ambos a continuar la explotación de la granja «como hasta ahora», bajo la dirección técnica de uno de ellos y prestando su trabajo manual el otro y haciendo expresa renuncia a cualquier reclamación por diferencia del valor de sus respectivas aportaciones y mención asimismo en el documento, de que, entre sí, nada se adeudan «por consecuencia de la explotación de la granja que realizan en común», la situación así inicialmente establecida, ya se interprete como una simple comunidad de bienes, regida por lo pactado y, en su defecto, por la normativa de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, según la tesis del demandante, instante de la división de la cosa común, que tendría su apoyo no sólo, como expone el motivo 1.º del recurso, correctamente formulado al amparo del genérico número 5.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil —puesto que el error de derecho del antiguo número 7.º ha sido omitido en el actual motivo 4.º—, por infracción del artículo 1.281 del Código, en las palabras expresas en el contrato en cuestión, sino, además —aceptando la postura de la contraparte—, en cuanto sociedad pactada sin la observancia de requisito formal alguno, en la previsión del párrafo segundo del artículo 1.669 —Sentencia de 19 de enero de 1970— del propio Código, que remite a las disposiciones de la comunidad de bienes los supuestos de sociedad oculta, ya que entienda, al hilo de aquella postura, ampliamente desarrollada en enjundiosos razonamientos de la Sala de Instancia, que se trata de una sociedad civil irregular vinculante *inter partes*, la alternativa clama, siempre, por el éxito de la pretensión del actor de extinguir la agrupación existente que es lo que, básicamente, constituye el mandato de la Sentencia de Primera Instancia, toda vez que aunque, apurando la argumentación en la dirección más favorable al demandado, se aceptase que la remisión que hace el artículo 1.669 del Código a las reglas de la comunidad de bienes, sólo tiene relevancia frente a terceros, que es ante los que, verdaderamente, es oculta la sociedad, no puede olvidarse que ésta se extingue —aparte

el supuesto aquí inaplicable del artículo 1.704 del Código Civil—, por la muerte de uno de los socios, conforme al artículo 1.700 del Código Civil, que establece esta estricta causa de extinción, tanto más operativa en el presente caso, si es que cupiese establecer gradaciones en tal causa de extinción del vínculo asociativo, cuanto que el juego del *intuitus personae* aparece aquí acentuado por la originaria limitación personal de la discutida sociedad y el texto de la estipulación 5.ª del contrato que, al señalar el cometido específico de cada contratante, en el quehacer común, está manifestando que los interesados no previeron la prolongación del vínculo más allá de sus vicisitudes personales, de modo que, faltando el pacto de continuación, la concurrencia de una causa de disolución provoca la extinción de la sociedad, aunque, de hecho, haya permanecido el estado de cosas hasta entonces existente, sin oposición de nadie, como fenómeno de pura inercia, que ni autoriza a pensar, dada la insensibilidad del Código a la continuidad sin pacto, en una prórroga tácita —que más bien sería una nueva sociedad, a la que, por otra parte, no se ha aludido siquiera por ninguno de los interesados— ni afectar a la facultad del partícipe sobreviviente, de instar ante la actitud pasiva de los sucesores del fallecido, la declaración judicial de la concurrencia de la causa de disolución y, ya en este punto, sea porque se ha producido, con aquella citada prolongación una especie de comunidad ordinaria (Sentencias de 21 de septiembre de 1907 y 4 de julio de 1959), susceptible de invocar frente a ella el artículo 400 del Código Civil, sea por aplicación del artículo 1.062 del mismo ordenamiento, dada la remisión del 1.708, pedir la enajenación de la cosa común en pública subasta con admisión de licitadores extraños, conforme a lo suplicado en la demanda, tal y como, en esencia, se pronunció la Sentencia de Primera Instancia, para retornar a cuyo mandato, confirmándolo en este punto, procede, acogiendo el primero de los motivos de casación, anular la impugnada en este particular desestimatorio de la demanda y estimatorio parcial de la reconvencción.

F. C. L.

COPROPIEDAD. APROVECHAMIENTO COMUN DEL AGUA DE UN POZO.—Artículo 397 del Código Civil (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelado contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Alcañiz, con base en los siguientes fundamentos.

1. En relación con lo postulado por el actor en el suplico de la demanda inicial de las actuaciones y estimando parcialmente sus pretensiones, la sentencia recurrida en su fallo condena a los demandados a que respeten *los caudales* que fluyen del pozo a que la controversia se contrae, dejando que discurran desde éste a la balsa de contención

a través del túnel de comunicación con la expresa prohibición para los mismos de que extraigan caudales por medio de moto-bomba u otro cualquier medio para recogerla en la balsa adosada a dicho pozo, que ha sido reformada y rehabilitada, sin consentimiento del actor, y asimismo a devolver a su antiguo estado esta balsa adosada al pozo.

2. La resolución impugnada fundamenta su fallo en la apreciación conjunta de la resultancia de las pruebas que pormenorizadamente pone de relieve en su primer Considerando, estableciendo «como probados e indubitados», los hechos siguientes: a) que desde el año 1920 el aprovechamiento de las aguas que manan del pozo discutido, propiedad por mitades y *pro indiviso* de actor y demandado, se venía haciendo desde la balsa construida en la finca del actor, a la que llegaba *naturalmente* el agua del referido pozo, y desde la cual se regaban tanto la finca del demandante como las situadas en planos inferiores y pertenecientes a los demandados; b) en el año 1984, mediante la reconstrucción con cemento de una antigua balsa de tierra existente junto y adosada al mencionado pozo, llevada a cabo por los demandados, y sacando agua de aquél por medios mecánicos, se riegan porciones de finca, que antes no se regaban, y c) la demanda se interpuso sin haber transcurrido un año y un día desde la realización de las dichas obras por los demandados.

3. Deducido el primer motivo del presente recurso por la vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando error en la apreciación de la prueba, es de poner de relieve que, como ya expresaron las Sentencias de esta Sala de 29 de noviembre y 6 de diciembre de 1985, estableciendo jurisprudencia, sancionada con reiteración por otras muchas posteriores y cuya notoriedad hace innecesaria su cita, el error en la apreciación de la prueba como el propio precepto que autoriza su denuncia sienta, ha de estar basado en «documentos» que obren en autos y que los documentos a que la norma se refiere son aquellos en los que se constata un hecho, acto o negocio jurídico producido con independencia de las actuaciones judiciales a las que ha sido incorporado como uno de los medios de prueba que autoriza el artículo 1.215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo hábiles, por consiguiente, al efecto de fundamentar la tacha de «error» que el precepto de la Ley Procesal Civil primeramente citado admite como motivo de casación, las actuaciones judiciales por las que se acreditan la práctica de otras probanzas, que cual la confesión, reconocimiento judicial, pericial y testifical requieren quede en autos una constancia fehaciente de que fueron ejecutadas con observancia de las formalidades legales pertinentes, así como de su resultado, de lo que da fe el Secretario a quien compete la facultad de «documentarlas». Por ello el motivo aquí en análisis, deducido por los recurrentes con apoyo en lo que, según su tesis, resulta de prueba pericial, de la de reconocimiento judicial y de la testifical no puede prosperar, imponiéndose su rechazo, por la circunstancia, además, como se desprende de los alegatos que le sirven de desarrollo, de que trata de convertir lo que es ámbito limitado del recurso que nos ocupa en una tercera instancia, lo que no es lícito dada la concreción exigible para que pueda operar la censura casacional, a todo lo que es de añadir, por último, que precisamente el primer Considerando de la Sentencia recurrida entre los medios probatorios que conjuga para establecer las conclusiones fácticas a que se ha hecho mé-

rito en el segundo fundamento de Derecho de esta resolución, lo hace, también, de la documental y en el motivo que nos ocupa ni tan siquiera se contiene una cita de la misma.

4. El rechazo del primer motivo del recurso, antes analizado, conlleva el decaimiento del que se articula como segundo, alegando, con amparo procesal en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la aplicación indebida por la Sentencia recurrida del artículo 397 del Código Civil, precepto que en cuanto establece que ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellos pudieran resultar ventajas para todos, fue rectamente aplicado por el pronunciamiento judicial combatido, con perfecta adecuación a las conclusiones fácticas que establece, conclusiones que, como es obvio, han quedado inalteradas en este trámite casacional a virtud de la desestimación del primer motivo.

F. C. L.

USUCAPION EXTRAORDINARIA EN CATALUÑA.—Artículo 342 de la Compilación (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica y González Elípe declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Vilanova y Geltrú, conforme a las siguientes consideraciones.

1. Como consecuencia de la cesión del usufructo «... de todo aquel huerto cercado de paredes, con sus árboles frutales, pozo de noria y lavadero, sito en esta villa y calle de Descalzos..., equivalente a cincuenta áreas...», como reza la escritura otorgada ante el Notario señor Torrente e Higuero de Villanueva y Geltrú el 13 de noviembre de 1876 por don Antonio Samá Urgellés como cedente y el Santo Hospital de pobres y enfermos de dicha villa como cesionario, se promovió demanda por esta Institución de caridad o benéfica, interesando la declaración de propiedad de dicha finca en noviembre de 1978 —en lo que fundamentalmente atañe al tema circunscrito del recurso—, en atención a que los descendientes del cedente y hoy recurrente habían inventariado dicha finca como perteneciente al caudal relicto de su padre, don Juan Samá y Torrente, según escritura de manifestación de su herencia de 29 de octubre de 1976 e inscrita en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, siendo de consignar que la declaración de propiedad que en estricto rigor civil impetra en el suplico de la demanda el Hospital de San Antonio Abad, como ahora se le designa, se basa en la adquisición por usucapión, habida cuenta de que el huerto desapareció como tal al construirse sobre el solar un edificio, Teatro Apolo, que ya en el año 1984 —así como el Salón de Bailes asentado sobre pertenencias del citado huerto— figuraban como explotaciones del susodicho Hospital en los libros de actas de sesiones celebradas por su Patronato a ciencia y conciencia del cedente y sus familiares herederos, poniendo de relieve

la Institución demandante que el cesionario no hizo uso de ninguno de los derechos que el propietario cedente se había reservado en la citada escritura de cesión del usufructo, ni hizo jactancia de sus derechos como tal hasta el acto de conciliación celebrado sin avenencia a instancia de los hoy recurrentes, según demanda para ese acto de 26 de abril de 1961, en el que reconoce tales dimisiones dominicales.

2. El primer motivo del recurso con sede en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia error en la apreciación de la prueba. En el motivo, aparte de poder resaltar su incorrección técnica al no exponer con rigor y concreción cuál es el error de hecho y cuál de los documentos es el que ofrece en contraste, la notoriedad y contundencia de tal error, tratando esta Sala de depurar la controversia que en el desarrollo del motivo se suscita, ha de proclamarse: a) Ni la sentencia de apelación pone en duda el tracto sin solución de continuidad en la cadena de sucesiones desde el cedente don Antonio Samá y Urgellés y los demandados-recurrentes, ni la inclusión de la finca en un inventario de manifestación de herencia, unilateralmente confeccionado, es razón suficiente para proclamarse propietarios quienes se declaran herederos del causante. b) Las afirmaciones de hecho relativas a la adquisición por prescripción extraordinaria de la finca en cuestión, que contiene dicha sentencia, no tienen asiento procesal en las declaraciones de los escritos procesales de las partes, sino que lo tienen en las circunstancias reales que deduce dicha Sala *a quo* de los documentos obrantes en autos y de todo el material probatorio que en él se halla, aparte de que, como es sabido, y aquí se pone una vez más de relieve, que los escritos procesales de las partes no son aptos en el recurso de casación para acreditar errores de hecho en que pudiera haber incidido el Juzgador de instancia. c) Incurre en defecto técnico el motivo, al atribuir error de hecho a la sentencia impugnada basado en el contenido literal y conceptual de la escritura de 13 de noviembre de 1876, pues las afirmaciones que dicha resolución judicial hace respecto de tal documento constante del negocio jurídico, clave de esta litis, podrían en todo caso y no se ha hecho, impugnarse por vía del artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con invocación de los artículos 1.281 a 1.289 que se estimaran infringidos, pues es cuestión técnicamente de interpretación y no de valoración de prueba. d) La rotunda proclamación del dominio, *stricto sensu* no ha sido combatida en forma adecuada en el recurso y tal proclamación es correcta en atención a que el usufructo cuya definición no se contiene en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (Ley 40/1960, de 21 de julio, y Ley de 20 de marzo de 1984) y ha sido tomada del Código Civil por virtud de la disposición final segunda de dicha Compilación, arrastra la clásica definición del *Digesto* (7, 1, 1) en que se mantiene la frase *salva rerum substantia* que algunos doctrinarios estiman que aparece en un pasaje de Paulo. Así pues, bien, a tenor y conforme al Derecho catalán vigente en el año 1876, bien a tenor y conforme al actualmente en vigor, la consabida limitación del derecho de usufructo que lo distingue del de propiedad (arts. 279 a 282 y, concretamente, el artículo 281 de la Compilación Foral aludida), es lo cierto, que salvo que otra cosa se disponga en el título de constitución de tal derecho —que, según su dimensión, podría confundirse con el dominio, del que en principio es una facultad segregada del mismo—, el usufructuario ha de res-

petar la esencia de la cosa usufructuada y, en el presente caso, la escritura de 13 de noviembre de 1876 en su condición primera dice «que el día que la casa cedida (debe decir cosa), fuese por el concepto que fuese, dejase de aprovechar directamente al Santo Hospital en la forma de usufructo, en que viene cedida, caducará *ipso facto* dicho usufructo y se incorporará nuevamente a la propiedad, la cual el cedente reserva perpetuamente para sí y los suyos», por lo que si ya en el año 1884 el usufructuario hizo desaparecer el huerto y construyó un edificio para espectáculos —Teatro Apolo o Jardines Apolo—, cuya realidad conocía el cedente que intervenía y firmaba las actas de sesiones del Patronato de dicha Institución benéfica, del que formaba parte como miembro del mismo en que se resolvían cuestiones afectantes a ese edificio y su explotación como espectáculo y posteriormente lo consentían los familiares y herederos, vecinos de la población donde se ubica tal edificio, quíérese decir que ya con arreglo al estatuto constitucional, el usufructo había caducado *ipso facto*, como gráficamente expone la escritura tan mencionada de 13 de noviembre de 1876 y paladinamente se reconoce en la demanda de conciliación formulada por la familia Samá el 26 de abril de 1961 (folios 537 y 538), lo que supone que el huerto cedido que debía cumplir una finalidad de ayuda alimentaria de la Institución cesionaria, al desaparecer como tal finca hortofrutícola hizo caducar el usufructo sobre él constituido, comenzando una posesión sin título, ni buena fe, pero que a ciencia y paciencia del cedente y sus causahabientes perduró al menos hasta 1961, en concepto de dueño y con el *animus rem sibi habendi*, que lo hace apto para la prescripción extraordinaria conforme al artículo 342 de la Compilación Foral catalana según el Derecho actual y al *Usatge 156 omnes causae* que sólo exige treinta años de posesión incluso con mala fe, *sis vol bonas o malas* y que derivado según la común doctrina científica, de la Ley 3.ª título 2.º, libro X, del Fuero Juzgo, copia a ésta dicho *usatge* en su texto latino, casi literalmente, haciéndose notar que la treintena de años se considera común a la prescripción exstrictiva y adquisitiva en el Derecho común catalán anterior a la Compilación Foral de 1960.

3. El segundo motivo con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción de la Ley 8, del título 2.º, libro 33, del *Digesto*, por ser aplicable a Cataluña como supletorio del vigente en 1876, según la cual el usufructo constituido a favor de personas jurídicas en general duraba cien años, por lo que el que se instituyó por escritura de 13 de noviembre de 1876 habíase extinguido en dicha fecha del año 1976 y es obvio que el motivo ha de fracasar ante la sola consideración de que el usufructo como tal se extinguió cuando violentando el usufructuario la esencia o sustancia de la cosa usufructuada —no simplemente mejorándola—, sino transformándola material y físicamente, con extinción del usufructo conforme a la propia carta institucional de ese derecho real, a la vista, conocimiento y consentimiento del cedente y sus causahabientes, comenzó una posesión atípica, pero con eficacia usucupativa, por virtud del *animus rem sibi habendi*, de que estaba transida, que al culminar en la adquisición del pleno dominio, conforme ha quedado establecido anteriormente, hace inaplicable el texto justiniano como Derecho supletorio catalán en 1876, a la situación real proclamada como hecho por la Sala *a quo* y que no ha sido desvirtuada

en este recurso, por lo que la sentencia ajustó a tal situación el ordenamiento jurídico adecuado.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE PASO.—ACCESION INVERTIDA. CONSTRUCCION EXTRALIMITADA.—Artículo 530 del Código Civil (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica y González-Elipe, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Cuéllar, conforme a los siguientes fundamentos.

1. El procedimiento a que se contrae el presente recurso de casación fue promovido por el hoy recurrente, dueño de un edificio en construcción en la finca «Monsalvo», de Cuéllar (Segovia), plaza del Campo, que fue paralizada su construcción en virtud de una acción interdictal de obra nueva que fue estimada en la Sentencia firme del Juzgado ratificando la paralización de la obra. La demanda actual no se limitaba a pedir la declaración de su derecho a reanudarlas, sino que al socaire de ella, propugnaba la declaración de nulidad por simulación de los negocios plasmados en los documentos de división de cosa común y de compraventa de 13 de diciembre de 1950, y el derecho a continuar la obra lo fundaba en el documento de 10 de diciembre de 1950, de donde extraía «la posibilidad que otorga el artículo 545 del Código Civil al dueño del predio sirviente para variar a su costa el lugar inicialmente señalado para la servidumbre de paso» y también, *ad cautelam* y subsidiariamente la figura de la accesión inversa..., ya que la edificación es mucho más importante que el suelo de la servidumbre». Rechazada la demanda por el Juzgado, en cuanto a la acción de simulación y la prevenida en el artículo 545, 2.º, del Código Civil ya citado, aceptó, sin embargo, la pretensión deducida en punto al reconocimiento de la «accesión invertida», si bien con la extraña contraprestación no de entregar el valor del suelo invadido, sino de la cesión de otro terreno del demandante que se concretaría en ejecución de sentencia, todo lo cual comportaba el rechazo de la demanda reconventional que interesaba el derribo de lo construido que afectase al paso o calleja objeto de la controversia. La Sala de apelación revocó la sentencia de primer grado, en lo concerniente al pronunciamiento tercero en que aceptaba la accesión invertida, y por suponer todo ello el rechazo de la demanda condenó al actor al derribo de lo construido en suelo no propio conforme a lo solicitado en la demanda reconventional.

2. Ha de ponerse de relieve que el recurso discurre por los cauces del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por ello, obviamente, acepta las declaraciones fácticas contenidas en la sentencia impugnada, ya que no las combate por la única vía adecuada del número 4.º del mismo precepto procesal, lo que trasciende al desarrollo y análisis del recurso en todos los motivos que lo sostienen.

3. El primer motivo denuncia la infracción del artículo 530 del Código Civil al no considerar como una servidumbre de paso el existente en el huerto en el cual construye el recurrente, de un metro y cuarenta centímetros de ancho, para bajada al lavadero según se describe en el documento privado fechado en Cuéllar el 10 de diciembre de 1950. El motivo no puede prosperar porque no hay infracción de una norma cuando, como ocurre con el artículo 530 del Código sustantivo que se dice conculcado, se limita a hacer una definición jurídica y como tal abstracta cuyo contenido ha de resultar forzosamente de las declaraciones de la Sala *a quo* de la realidad existencial; por ello, cuando dicho Tribunal proclama la existencia de un condominio sobre tal paso o calleja y no afectada por una servidumbre, basándose en forma explícita en el mismo documento privado invocado por el recurrente en el motivo y además en la escritura pública obrante a los folios 42 a 45, está formulando una declaración de hecho probado que sólo se puede combatir por la citada vía del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o por la del ordinal 5.º, pero con cita en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil como reglas de interpretación, supuestamente conculcadas por el Juzgador de instancia, por cuya razón el motivo decae; pero es que, además, no podría servir de base a la supuesta errónea interpretación del documento privado, la circunstancia de emplearse en él la palabra «servidumbre» como destino del paso o calleja de autos. En efecto, es sabido que la naturaleza de las instituciones jurídicas, en general, como la de los contratos en particular, no depende de la nomenclatura asignada por los particulares, sino la que responda a las exigencias del ordenamiento jurídico coherente con la exacta realidad tangible del objeto, del derecho, o del negocio jurídico sujeto a la calificación y es evidente que con vistas del artículo 530 del Código Civil, no es concebible la constitución de una «servidumbre para todos los individuos» (*sic*) como reza el documento que se analiza —supónese quiere decir «indivisos»—, sin la concreción exacta de cuál es el inmueble dominante y sobre todo la determinación del propietario del «paso o calleja» que ha de ser distinto del de los predios adyacentes al mismo, dándose el caso que del propio documento lo que se infiere en forma sistemática y teleológica es que se constituye un condominio sobre el tan repetido «paso» a favor de los propietarios de las fincas aludidas en forma inequívoca en el tan calendado documento, que en forma más o menos directa acceden al mismo y que de esta suerte pueden servirse de la «calleja» en beneficio de todos. Y así se confirma con la lectura de la escritura de 13 de diciembre de 1950 cuando en la «Exposición, número 1.º, cuatro» se dice que don Luciano Espeso de Pablos es dueño de dos sextas partes *pro indiviso* de una calle con su lavadero al fondo, de una anchura de 1,40 metros por 15 metros de larga, siendo así que precisamente las casas que se constituían en predios dominantes según el documento privado de 10 de diciembre de 1950 eran seis. Por lo demás, y habida cuenta de lo expuesto, es obvia la imposibilidad de que la sentencia recurrida pueda haber infringido los artículos 532, 533, 536 y 564 del Código Civil, que también se invocan en el motivo segundo como infringidos y subsiguientemente, por las mismas razones, ha de fracasar el motivo tercero que acusa la violación del artículo 537 del mismo cuerpo legal con tangencial invocación del artículo 1.282 sustantivo, pues todos ellos regulan

distintas facetas y aspectos de la figura jurídica de servidumbre que no es la que se contempla en esta litis, sino la de condominio.

4. El cuarto motivo que denuncia la infracción del artículo 545 del Código Civil incide en el mismo defecto casacional de sus precedentes, cual es hacer supuesto de la cuestión al tomar como premisa de su alegato y aplicación del ordenamiento jurídico la existencia de una servidumbre sobre el «paso o calleja» que conduce al lavadero, siendo así que la sentencia en forma contundente establece la presencia de un condominio sobre el mismo; consecuentemente por tanto, el motivo fracasa por no ser lícito hacer supuesto de la cuestión en casación como señala la jurisprudencia de esta Sala en doctrina unánime y consolidada.

5. El quinto motivo que acusa la infracción de la jurisprudencia que interpreta el artículo 361 del Código Civil, cuyas sentencias invoca, olvida que es precisamente la doctrina de esta Sala la que unánimemente exige acerca de la llamada accesión invertida, que se trate de una edificación que invade parcialmente el terreno colindante ajeno, que sea realizado de buena fe y que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el del terreno ocupado o invadido (Sentencias de 12-XII-1908, 31-VI-1923, 16-III-1959, 2-VII-1960, 16-VI-1961, 25-II y 17-VI-1971, 23-X-1973, 10-XII-1980, 15-VI y 30-XI-1981, 1-X-1984 y 24-I y 29-IV-1986). Y es el caso de que en el supuesto aquí contemplado hay una declaración expresa de mala fe en el constructor, ahora recurrente, al que al ser cuestión de hecho sometida a la soberanía de la Sala y no haberse desvirtuado por el cauce procesal adecuado del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de permanecer incólume (Sentencias de 6-XII-1983, 15-II-1984, 31-I y 29-XI-1985), tanto más cuanto que explícitamente la Sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 1984 indica como supuesto indispensable de la subsistencia de presunción inicial de la buena fe, que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto oportunamente, lo que no acontece en este supuesto en el que como dice la sentencia recurrida, el constructor «sobradamente sabía que el terreno que iba a ocupar era ajeno y que se alteraba esa división y este conocimiento lo confirma su proceder al recobar antes de las obras, el consentimiento de los demás condueños como se reconoce en la demanda, que necesitaría igualmente para modificar la servidumbre de paso en el mejor de los casos si fuera servidumbre, al discutirse la concurrencia de los requisitos del artículo 545, párrafo 2.º, lo que no obtuvo del demandado que se opuso a la continuación de la obra mediante el cauce procesal oportuno», pues, en efecto, ejerció la acción interdictal de obra nueva. En definitiva, que tras la declaración firme de mala fe del constructor y la de que éste no es dueño de la parcela sobre la que radicaba la antigua casa que es de la madre política, es decir, el terreno que ocupa el grueso de la edificación —que tampoco se ha descalificado por vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, nos encontramos con el obstáculo serio y realmente insalvable de que la facultad del artículo 361 del Código Civil para dinamizarse procesalmente mediante el ejercicio de la acción oportuna, como ha hecho el aquí recurrente, precisaría para su éxito que se hubiera promovido contra todos y cada uno de los condóminos que ostentan la titularidad *pro indiviso* del «paso o calleja» en cuestión, como propietarios exclusivos

de las casas adyacentes al mismo según el documento privado de 10 de diciembre de 1950 y ello por imperativo de los artículos 394, 397 y 399 del Código Civil, toda vez que afecta al derecho de propiedad de su cuota parte que no es susceptible de enajenación sin su expreso consentimiento, no siendo válido ni lícito por insuficiente, la demanda promovida con tal propósito contra uno o varios de los cotitulares del condominio, sino que ha de serlo respecto de todos ellos por tratarse de un inequívoco supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que aquí se ha incumplido y que encrva en su raíz la pretensión del recurrente en este aspecto, además de los antes señalados.

F. C. L.

CONSTRUCCION.—SERVIDUMBRES. LIMITACIONES CONTRACTUALES (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley pretendido, según los hechos y consideraciones que claramente resultan de la siguiente parte de la sentencia.

1. La cuestión debatida, que llega al presente recurso, se proyecta sobre dos diferentes extremos: A) Don P. M. M., propietario de un amplio solar, sito en el Caserío del Arenal, término municipal de Lluchmayor, procedente del predio Son Verí d'Abaix (Palma de Mallorca), segregó de su expresada finca varias parcelas o solares que vendió a diferentes personas entre ellas a don P. A. V. M., 96 metros, 66 decímetros cuadrados, estableciéndose en la cláusula c) que «el edificio que se construya en el solar vendido deberá emplazarse a 12 metros de distancia de la calle denominada 18 de Julio (hoy, Gran y General Consell), de suerte que quede sin edificar a lo largo de dicha calle una zona de la anchura indicada, en la cual no podrá levantarse en ningún tiempo a fin de no impedir las vistas a los demás solares vecinos pared alguna de una altura superior a 80 centímetros. Es también obligación del comprador construir la pared lindante con la expresada calle 18 de Julio de piedra hasta una altura de 80 centímetros y sobre ella una verja de hierro o madera de 1 metro, 60 centímetros, también de altura. La faja de terreno sin edificar de 12 metros podrá utilizarla, 9 metros para jardín y 3 para terraza adjunta a la edificación, no pudiendo sembrar árboles ni arbustos de ninguna clase que impidan o puedan impedir por su desarrollo las vistas de los solares vecinos». Idéntica cláusula se incluyó en la escritura de compraventa otorgada a don D. C. T., a quien se transmitieron 150 metros y 6 decímetros cuadrados, con la única salvedad de que la parte de este solar, colindante con el anterior, en la parte que daba a la calle de Miramar habría, además, de edificar a 3 metros de la misma. La cláusula se incluyó en todos los demás solares y, concretamente, en la escritura de venta de otra demandada en rebeldía, constando tales cláusulas inscritas en el Registro y en las transmisiones realizadas a doña M. R. P. por los anteriores, cuyos herederos se encuentran también en rebeldía. B) Don D. C. T. y don A. V. M., uniendo sus solares,

llevaron a cabo obras consistentes en, por una parte, el cerramiento, con estructura metálica y cristales, de la terraza adjunta a la edificación y, por otra, en la construcción en la zona de 9 metros de una terraza cubierta con su toldo de láminas graduables y con cierre metálico y cristales en uno de los lados. La demandada, doña J. G. P. —rebelde—, instaló en la franja de 9 metros un armazón de hierro en el que iba colocado un toldo plegable. El vendedor promovió juicio declarativo de mayor cuantía en solicitud de que se declarase que expresadas obras infringían las limitaciones impuestas en sus respectivos títulos de adquisición y que se los condenase a retirarlas y a dejar las fincas respectivas en las condiciones señaladas en las dichas limitaciones. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial revocó su sentencia y accedió a ella. Contra esta última sentencia se recurre en casación por don D. C. T. y don A. V. M.

2. El primer motivo del recurso se formula al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, en su faceta de inaplicación, de «los artículos 1.281 al 1.289 del Código Civil, que regulan, en términos generales, la interpretación de los contratos, en relación con los artículos 530, 536, 543, 545, 594 y 598 del propio texto legal, reguladores de las servidumbres, cuyo contenido y alcance ha sido erróneamente interpretado»; ya en el desarrollo, cita la doctrina jurisprudencial que señala que en los contratos en que se establece algún gravamen que afecte a la libertad de las fincas ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre tales extremos, sin que sea lícito interpretarla extensivamente, y que la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a quien impuso el gravamen y ocasionó la oscuridad, por lo que considera que no se infringen las limitaciones impuestas por la servidumbre, dado que las terrazas tienen la anchura de 3 metros permitida y el cerrado de las mismas mediante estructura metálica y cristales no está prohibido, ya que al hablar de terrazas no se especifica si abiertas o cerradas y las sentencias dictadas en materia de arrendamientos urbanos expresan que techar o cerrar una galería o terraza no es ganar un espacio, sino limitarlo; también dice que el toldo no puede tener la categoría de edificio o construcción y que el de autos no sobrepasa el límite de 2,40 metros, autorizado por el párrafo segundo de la cláusula C) del contrato, así como que el artículo 1.287 obliga a tener en cuenta los usos y costumbres del país, que —sigue afirmando— tuvo sin duda en cuenta el Juzgado de Primera Instancia para interpretar la «*ratio* del gravamen» y la evolución de las servidumbres en función de las necesidades y circunstancias futuras, por lo que reconoció que el edificio del Club Náutico hizo variar la situación primitiva. El perecimiento del motivo se produce por la reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de que la conjunción de normas del ordenamiento jurídico sin la adecuada separación la tiene vedada la doctrina jurisprudencial, por cuanto proyecta confusión en la pertinencia y fundamentación del motivo, que es obligación insoslayable del recurrente, como afirman el artículo 1.707, 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las Sentencias, entre muchas otras, de 14 de marzo, 25 de abril, 24 de mayo y 9 de diciembre de 1985, sin que se alcance a comprender cómo pueden infringirse y en qué aspecto se inaplican los artículos sobre las servidumbres, si se reco-

noce el carácter de predial y voluntaria, establecida por contrato, de la que nos ocupa, de forma que el propio recurrente reconoce que los artículos 530 y 536 definen la servidumbre como gravamen real y la posibilidad de que se establezcan por la voluntad de los propietarios mediante contrato, «como ocurre en este supuesto», los artículos 543 y 545 consignan su inalterabilidad para hacerlas más gravosas o menoscabar su uso y los artículos 594 y 598, específicos de las servidumbres voluntarias, aluden a la forma de constituirse y a su obligatoriedad; ciertamente las servidumbres voluntarias que rigen prioritariamente por el título de su constitución, determinante de los derechos de los precios dominantes y sirvientes, cualidad mutua que tienen todos los solares en que se dividió la finca matriz, y sólo en defecto de título se rigen por las disposiciones del título VII del libro II del Código Civil que le sean aplicables, por lo que el Tribunal de instancia procedió a examinar el contrato y a interpretarlo cual le corresponde con carácter prevalente y que ha de mantenerse, salvo que se acredite ser ilógica, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal (Sentencias de 26-I y 14-III-1981, 30-X y 22-XI-1982, 1-VI y 29-IX-1983, 16-IV y 18-V-1984, 6 y 9-XII-1985 y 8-VII y 20-X-1986, entre muchas otras), lo que justifica que las normas interpretativas o valorativas de prueba no puedan citarse en bloque, debiendo razonarse sobre cada una de las que se considere aplicable, y no puede entenderse que la interpretación de la Audiencia sea extensiva, ni que haya oscuridad provocada por el actor-vendedor, pues las limitaciones se establecen en beneficio de todos los adquirentes de solares, pudiendo afirmarse que son mutuamente predios dominantes y sirvientes, aspecto puramente declarativo, consistente en la búsqueda del sentido de la norma; tampoco puede tratar de aplicarse una jurisprudencia como la recaída en interpretación de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre resolución contractual ante obras inconsonantes que varíen la configuración o estructura, pero que pueden desmontarse con simples operaciones para volver la finca al estado inicial en el momento de concluir el contrato; terraza proviene de terrazo y el significado que le cuadra, como más ajustado al problema que nos ocupa, es el de terrado, «sitio de una casa, descubierto y por lo común elevado, desde el cual se puede explayar la vista», sin que ello quiera decir que ésta se refiera sólo al mar, ni que desapareciese la razón de la servidumbre con la construcción del Club Náutico, pues todas las limitaciones, como la de los 9 metros, pretenden espacios libres y abiertos, evitar la sensación de agobio que produce la gran ciudad, por lo que se buscan esos espacios abiertos, sobre todo en los sitios de veraneo, de formal tal que lo construido en dichos 9 metros tiene más el carácter de una marquesina o cobertizo permanente que, cual el cierre de la terraza, impide o limita el que los demás puedan explayar la vista, que no impide, en cambio, la verja en la linde de la calle, pues su carácter de enrejado no limita la visión y así perviven las afirmaciones de la Sala de instancia de que «ningún dato contractual permite identificar las vistas protegidas con las vistas al mar, pues éstas, a tenor de lo expresamente estipulado, no son las únicas que no pueden ser obstaculizadas» y que «se confunde lo que contractualmente se expone como permitido (árboles o arbustos en el jardín) con lo expresamente prohibido (edificar obstaculizando las vistas)».

3. El segundo motivo se ampara en el número 4.º del artículo 1.692 y se formula con carácter supletorio, para el supuesto de que no prosperase el anterior, examinándose por ello en segundo lugar; acusa error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Tribunal, sin resultar contradichos por ningún otro elemento probatorio; cita las escrituras públicas de compraventa, el dictamen pericial y el acta de reconocimiento judicial. El perecimiento del motivo se produce por las propias razones expuestas en el anterior, dado que lo que realmente se pretende no es señalar el hecho erróneo y cuál ha de sustituirlo, sino llevar a cabo una nueva valoración probatoria, para tratar de imponer su propio criterio sobre el más objetivo y desinteresado de la Sala, que interpretó acertadamente las escrituras públicas, únicas que tienen carácter de prueba documental, ya que el dictamen pericial y el acta de reconocimiento judicial constituyen medios de prueba diferentes «que se documentan en el propio procedimiento», lo que les priva del carácter que exige el ordinal 4.º del artículo 1.692 antes citado; por otra parte, la apreciación de la prueba de peritos es cometido del Tribunal de instancia, quien en tal tarea no tiene otro límite que las reglas de la sana crítica, no recogidas en ningún precepto legal que pueda citarse como vulnerado en casación, lo que excluye toda posibilidad de una nueva censura de la pericia, convirtiendo este recurso en una tercera instancia (Sentencias de 18 y 21-V-1976, 1-II y 19-X-1982, 13-V-1983, 10-III-1984, 11-VI-1985 ó 6-XII del propio año, con la de 25-X-1986); y es que la prueba de peritos es, por principio general, de apreciación libre y no tasada, ni el artículo 632 de la Ley Procesal, ni el 1.240 del Código Civil, contienen una norma sustantiva, sino la mera referencia a un elemento ilustrativo para el juzgador, valorable por éste según su prudente arbitrio (Sentencias de 3-III-1976 y 18-II-1977); y por lo que atañe al reconocimiento judicial, tampoco su ponderación es vinculante, sino de libre valoración, como no ajustado a reglas jurídicas, salvo la constancia de un dato irrefutable apreciado por los sentidos y reflejado en la diligencia, ignorado a la hora de la decisión final, hipótesis que no se da en el conflicto examinado (Sentencias de 6-XII-1985 y 25-X-1986, ya citadas, o la de 8-VIII-1953, con muchas otras).

F. C. L.

SERVIDUMBRE NEGATIVA DE LUCES Y VISTAS (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de esa capital, reiterando nuestro más Alto Tribunal la doctrina de que los huecos abiertos en pared propia son de mera tolerancia y sólo pueden ganarse por prescripción si existe acto obstativo, conforme a las siguientes consideraciones:

1.º El señor F. M. ejercitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo acción negatoria de servidumbre, respecto al solar de su propiedad situado en la calle Jovellanos, número 19, de aquella ciudad, acción que tenía su justificación dado que, los entonces demandados y hoy recurrentes, habían adquirido la casa número 17 de la misma calle, colindante por la izquierda con el indicado solar, y después de su derribo, habían procedido a efectuar la nueva edificación, abriendo en la pared propia que daba sobre el fundo ajeno un total de doce ventanas con vistas rectas, sin que constara el título justificante del derecho real de servidumbre. Los demandados alegaron que en el antiguo edificio, y desde tiempo inmemorial, existían sobre la misma pared huecos abiertos, y que la existencia aparente de estas ventanas, y su continuado aprovechamiento, constituía el título adquisitivo de la servidumbre.

2.º Los dos motivos del recurso deben estudiarse conjuntamente, pues aunque el primero se fundamenta en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error en la apreciación de la prueba, por no haberse apreciado, según se dice, «el valor de las actas notariales con las fotografías del anterior edificio», lo cierto es que el hecho de la existencia de los huecos en la antigua construcción está admitido en la demanda (hecho segundo), y ha servido de base para la argumentación jurídica de la resolución impugnada; cosa distinta es el valor que deba darse a este hecho, a la luz de los preceptos legales y de la jurisprudencia, y precisamente a este extremo se refieren las argumentaciones del primer motivo y del siguiente, que, amparado en el ordinal 5.º del mismo precepto procesal, denuncia la infracción de los artículos 537, 538 y 1.941 del Código Civil.

3.º Constituye reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a la aplicación de la legislación antigua, en materia de servidumbre de luces y vistas: A) que aquella legislación histórica, y como consecuencia del derecho que tenía todo propietario de hacer en su propiedad lo que quisiere, sin otros límites que los jurídicos y los morales, no ponía traba a la facultad de abrir huecos, para luces y vistas, en pared propia; B) que tales luces o vistas no constituían derecho alguno de servidumbre, y, por consiguiente, no impedían el derecho que tiene el colindante para disminuirlos o anularlos, edificando dentro de su propiedad, y C) que la falta de ejercicio de ese derecho de edificar, por más o menos tiempo, no engendraba prescripción de servidumbre en favor del propietario que tuviere abiertos los huecos en su pared; este criterio normativo no ha sido alterado por el Código Civil vigente, en cuanto mantiene las mismas posibilidades de la legislación anterior: la facultad de abrir huecos con las características que señala el artículo 581; los derivados de la adquisición del derecho real de servidumbre mediante título del artículo 582, y por virtud de la prescripción conforme a los artículos 537 y 538; formulándose, para este último supuesto, que los huecos abiertos en pared propia y en correspondencia con suelo y cielo ajenos, son de mera tolerancia, salvo pacto o concesión expresa, y no pueden ganarse por prescripción, sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstativo, en razón a que, cuando alguno se aprovecha de esas luces, aspira a constituir una servidumbre negativa, evitando que el dueño de la finca a que afectan pueda construir en contigüedad y, por consiguiente, perjudicarlas (Sentencias de 25-II-1943, 14-III-1957, 2-X-1964, 21-

XII-1970, 21-III-1975 y 30-IX-1982). La doctrina que se acaba de exponer es determinante para el perecimiento de los dos motivos del recurso, pues no habiéndose alegado ni acreditado la existencia de hecho alguno obstructivo, a partir del cual pueda empezar a constarse el plazo prescriptivo de la servidumbre negativa que se reivindica, es obligado rechazar todos los argumentos expuestos.

F. C. L.

DONACION DE CASERIO EN VIZCAYA. BIENES QUE COMPRENDE.—

Ley 12 del título XX del Fuero de Vizcaya (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1987).

Discutido si en la donación de un caserío vizcaíno se comprende (tesis del demandante, apelado y recurrente) o no (tesis de los demandados, apelantes y recurridos) una tejavana existente dentro de su perímetro, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, casa la dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, revocatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Durango, en base a que la Ley 12 del título XX del Fuero de Vizcaya, norma que puede considerarse vigente según la disposición transitoria primera de la Ley 42/1959, de 30 de julio, en la que se contiene la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Alava, posterior a la fecha de la donación y equivalente a las contenidas en los artículos 348, 350, 353, 359 y 1.097 del Código Civil, aplicables, en virtud de la disposición final segunda de la citada Compilación como supletorias, establece que en cualquier transmisión de dominio de un caserío se comprenden «todos sus pertenecidos»; lo que conduce a la conclusión de que, al donarse el caserío, se donó todo lo edificado en él.

COMENTARIO.—La citada Ley recoge el principio tradicional del Derecho vizcaíno que establece la indivisibilidad del caserío, que fundamenta Angulo (*Derecho Privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, pág. 40) en la íntima trabazón o enlace existente entre todos sus elementos, de tal suerte que sus diferentes partes o pertenecidos existen los unos para los otros y todos en función del fin único al que sirve el caserío, cual es suministrar los medios económicos para el mantenimiento de una familia sin la mísera estrechez que caracteriza a la masa de la población rural de otras regiones. Por cuya razón, concluye, no vacilo en asentar la afirmación de que la casería es por su naturaleza indivisible.

F. C. L.

DIFERENCIAS ENTRE USUCAPION EXTRAORDINARIA Y PRESCRIPCION EXTINTIVA (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1987).

La diferencia se destaca en el artículo 1.963 del Código Civil que distingue entre la prescripción de las acciones reales sobre bienes inmuebles, que prescriben a los treinta años (párrafo primero) y la pérdida del dominio por consecuencia de la usucapión consumada (párrafo se-

gundo). La primera opera por el mero lapso de tiempo fijado por la ley; la segunda exige otros requisitos, entre ellos la posesión en concepto de dueño. Por esta razón no es posible que se «unimismen» (*sic*) la prescripción extintiva del dominio y la usucapión, como presupone un autorizado sector de la doctrina, aun referidas al mismo lapso de tiempo de treinta años. Los artículos 1.962 y 1.963 tratan de la prescripción de acciones, extinguiéndolas por el transcurso del tiempo sin su ejercicio, y ello como efecto distinguible y separable y autónomo de la pérdida mediata del dominio que se sigue a través de la perfección de la usucapión. El párrafo segundo de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra constituye, por tanto, una particularidad cuando dispone que «las acciones reales que no tengan establecido plazo especial sólo prescriben a consecuencia de la usucapión con la que resulten incompatibles». Esta particularidad sería innecesaria y redundante si aquellos artículos del Código Civil merecieran el mismo tratamiento.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEVACION A ESCRITURAS PUBLICAS DE DOCUMENTOS PRIVADOS DE COMPRAVENTA.—Artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960 (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital. Y en su segunda sentencia confirma íntegramente la del Juzgado, condenando a los demandados a declarar la obra nueva, dividir horizontalmente y cumplir los trámites necesarios para el otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas a los compradores en documento privado de los pisos correspondientes.

Los fundamentos de Derecho son los siguientes:

1. En el presente procedimiento, la Sentencia del Juzgado, tras desestimar las excepciones formuladas por los demandados, condenó a éstos a declarar la obra nueva, dividir horizontalmente y cumplir los trámites necesarios para el otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas a los compradores, con expresa imposición a aquéllos de las costas, siendo de destacar en esta Sentencia del Juzgado, de fecha 28 de septiembre de 1981, el expresivo y singular último considerando de la misma en el que literalmente se dice: «Que excepcionalmente el Juzgado quiere poner de relieve la censurable conducta de los demandados doña I. A. B., doña J. A. G. y don F. D. M., que, por diferencias entre ellos, tienen, sin hacer la declaración de obra nueva de la finca litigiosa, sin practicar la división horizontal y sin otorgar las correspondientes escrituras a los adquirentes en documento privado desde 1969, a lo que estaban obligados por aplicación de los artículos 1.089, 1.254 y 1.280, número 6, del Código Civil, con las dificultades y riesgos que ello comporta, conducta temeraria que debe llevar a imponer las costas del procedimiento a todos

los demandados, según el artículo 1.902 del Código Civil.—Frente a esta categórica sentencia, la Sala de Audiencia, por el contrario, acoge la excepción invocada por los apelantes en orden a la falta de personalidad de la parte actora «por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en el juicio y no acreditar el carácter o representación con que aquélla reclama», considerando además excesivamente impreciso y falto de datos el acuerdo de la Comunidad de propietarios de la casa número 63 de la calle Encarnación Oviol, de Villaverde Bajo (Madrid), que convocada y reunida en asamblea extraordinaria el día 10 de octubre de 1977 con el único punto del Orden del día de «Solución de escrituras de propiedad», tomó el acuerdo al respecto de «autorizar al presidente E. M. M. a otorgar en nombre de la Comunidad poder general para pleitear a favor del Procurador de Madrid, don J. M. G., para entablar acción judicial contra doña I., doña C. y don F. A. B. y don F. D. M. para cumplimiento de contrato», indicándose a continuación en nota adicional que «han votado en esta reunión a favor de lo acordado los veinte copropietarios asistentes y los seis ausentes que anteriormente delegaron en el presidente, constitutivos de la mayoría absoluta».

2. Que si bien es cierto que el acta de referencia adolece de cierta imprecisión y falta de concreción respecto a relación de copropietarios y delegaciones efectuadas, la Sala estima que en el caso presente resulta más patente y apremiante la necesidad de poner término definitivamente a una situación ciertamente injusta, perjudicial y de riesgo para la gran mayoría de los integrantes de la Comunidad de propietarios litigante, cuyo interés superior no debe ceder ante quien con su proceder obstruye y consigue impedir durante tantos años lo que resulta ser una pretensión no sólo elemental, razonable y justa, sino también hartamente aconsejable: la elevación a escritura pública de los documentos privados de adquisición de los pisos de la calle Encarnación Oviol, número 63, de Villaverde Bajo, en Madrid. Razón por la cual debe estimarse el motivo tercero del presente recurso, en el que, al amparo del antiguo número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente al tiempo de la interposición de aquél, se denuncia la infracción del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, por el concepto de violación por inaplicación del mismo, resaltando al efecto el interés común y superior que para la citada Comunidad tiene la acción ejercitada por el presidente de la misma, también comuncro; acción cuya finalidad no interfiere en los legítimos derechos autónomos que corresponden individualmente a todos y cada uno de los propietarios.

COMENTARIO.—Aborda esta sentencia, siquiera no lo desarrolle con la deseable profundidad, la sugestiva e importante cuestión de las facultades de representación que, conforme a la ley y sin necesidad de atribución expresa y detallada por la Comunidad de propietarios, competen al presidente de tal Comunidad, conforme al artículo 12 de la Ley 49/1960, de 21 de julio.

Parece evidente que si, según los términos literales de la Ley, «el presidente... representará en juicio y fuera de él a la Comunidad en los asuntos que la afecten», no es preciso que consten con todo detalle las facultades conferidas en cada caso por la Junta de propietarios, pues de otro modo vendría a ser superfluo e inane la facultad de representación

que se le atribuye legalmente y, además, actúa a favor del presidente, que no olvidemos es un copropietario, la reiterada doctrina jurisprudencial según lo cual todo comunero puede realizar actos en favor o beneficio de la comunidad. Y nadie discute que el régimen de la propiedad horizontal constituye una especialidad de la comunidad de bienes.

Frente a este sano criterio mantenido en la sentencia no es raro encontrar funcionarios, sobre todo del orden administrativo, que exigen en la certificación de la Junta se especifiquen minuciosamente las facultades del presidente, incluso haciendo constar que se le faculta para elevar a escritura pública los acuerdos adoptados o comparecer ante Notario. Si la representación en el orden judicial ha de servir para algo, no deberá precisar previo acuerdo de la Junta, frente a la común práctica contraria seguida habitualmente. Piénsese en una demanda urgente (verbigracia: por daños inminentes y graves) que no dé tiempo a reunir a los propietarios en Junta. Ello, a salvo de la responsabilidad en que pueda incurrir el presidente por su temeridad o imprudencia. Y lo mismo cabe decir en el orden extrajudicial siempre que no se trate de aquellos actos para los cuales se requiere acuerdo expreso de la Junta de propietarios conforme a la ley. Es deseable que en la próxima reforma de esta Ley se resuelvan estas y otras cuestiones planteadas.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA
y FRANCISCO CASTRO LUCINI

DONACION: NO ES PRECISA LA TRADICION PARA QUE EL DONATARIO ADQUIERA LA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la Sentencia.—A partir del artículo 609 del Código Civil, se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. Se trata, en suma, de un negocio jurídico dispositivo que atribuye, de suyo y sin necesidad de otra colaboración del donante, la propiedad al donatario, a diferencia del régimen de la compraventa en que ha de terciar un mecanismo traslativo del dominio y que, sin duda, es un fenómeno distinguible de los propios modos de adquirir la propiedad que enuncian el citado artículo 609 y el 1.095, consistente en la entrega *datio rei, datio possessionis*, signo exterior denotador de la transmisión dominical al consistir en un signo exterior de la reconocibilidad del dominio en favor del cesionario.

En el caso de las donaciones, el efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura pública de donación, según el artículo 633 en relación con

el 1.462 y el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La forma exigida *ad solemnitatem* para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del ámbito de los contratos a que alude el artículo 609, de tal suerte que en aquélla la entrega de la cosa donada al donatario se efectúa por cuanto es ya suya, mientras que en la compraventa la entrega es cumplimiento de la obligación de entregar, y tradición de efectos traslativos del dominio y antes de la cual la cosa permanece en el patrimonio del *tradens*.

J. Q. S.

LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO NO CONSTITUYE POR SI UN DERECHO REAL SOBRE EL INMUEBLE (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la Sentencia.—Entiende la recurrente que la anotación preventiva de embargo sobre los bienes inmuebles, constante en el Registro de la Propiedad, confería a su favor la titularidad de un «derecho real» sobre tales inmuebles, lo que determinaba su preferente derecho al cobro de su crédito con el numerario que se obtuviera al enajenarse los mismos. Como ya sancionó la Sentencia de esta Sala de 5 de julio de 1917, la anotación preventiva de un embargo practicada por mandamiento judicial tiene por finalidad principal el garantizar con los bienes en que aquélla se realiza las responsabilidades nacidas del crédito que motivó el despacho de la ejecución y que han de hacerse efectivas en el procedimiento adecuado, pero en manera alguna modifica esa anotación la naturaleza jurídica de dicho crédito, ni convierte, por tanto, en derecho real sobre la finca anotada, el personal que se trata de hacer efectivo en aquel juicio especial; por lo que tiene también sancionado la jurisprudencia que la preferencia que otorga la anotación sobre los bienes anotados al acreedor que la obtuvo, se refiere solamente a los que tengan contra el mismo deudor otros créditos contraídos por éste con posterioridad a dicha anotación; puntualizando la Sentencia de 14 de diciembre de 1968 que la anotación preventiva de embargo no atribuye por sí sola rango preferente al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes, y aclarando en definitiva la Sentencia de 17 de marzo de 1978 que el embargo como acto procesal y la anotación, que es su proyección registral, nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos, ni altera la naturaleza de las obligaciones.

J. Q. S.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LOS ESTATUTOS NO PUEDEN FACULTAR A ALGUNOS PROPIETARIOS A REALIZAR ACTOS DE DIVISION SIN LA AUTORIZACION DE LOS RESTANTES (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—No obstante la permisibilidad de los pactos estatutarios no contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal, ha de enten-

derse que ésta tiene un carácter imperativo que impide la validez de aquellos otros que contravienen las disposiciones de la misma, y especialmente las normas que, como las contenidas en el párrafo 2.º del artículo 8 y en el artículo 11, y en beneficio de la comunidad de condueños, imponen el consentimiento unánime de los propietarios para la división de los pisos y locales, o para la alteración de la estructura del edificio. En el supuesto que nos ocupa, y en aplicación de la doctrina anteriormente anotada, ha de entenderse que los pactos estatutarios que facultaban a los propietarios de los locales para realizar actos materiales o jurídicos de división o segregación de los mismos, sin necesidad de la autorización de los restantes propietarios, es contraria al precepto del artículo 8, 2.º, y del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

J. Q. S.

*JURISDICCION CIVIL: EL ARGUMENTO DE LA «VIS ATRACTIVA»
APARECE UTILIZABLE EN LA ACTUALIDAD (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1987).*

Doctrina de la Sentencia.—El argumento de la *vis atractiva* de la jurisdicción ordinaria, entendiendo por tal el orden jurisdiccional civil aparece utilizable también en la actualidad. En la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, desaparecidas las especiales, la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en la misma. Los Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. Por tanto, no existe una jurisdicción ordinaria frente a jurisdicciones especiales en el sentido de que éstas conozcan selectivamente de aquellas materias que expresamente se sustraigan al conocimiento de aquéllas. Además del orden civil, existen el penal, el contencioso-administrativo y el social, principalmente. Parece, pues, que estos órganos deben desarrollar e integrar sus competencias respectivas; criterio distinto del anterior de la *vis atractiva* y de la especialidad. Empero, cuando ni aún así pueda atribuirse el conocimiento del asunto, el orden jurisdiccional civil funcionará como residual, según el número 2 del fundamental artículo 9.

Como se ha concluido por un autorizado sector de la doctrina, parece preferible que a falta de una solución legislativa, conozcan los Tribunales civiles de pretensiones indemnizatorias contra la Administración, aunque sean por daños derivados de situaciones regidas por normas jurídico-administrativas, a que los Tribunales del orden contencioso-administrativo conozcan de pretensiones indemnizatorias contra particulares que a veces pueden ser completamente ajenos a la actividad administrativa.

J. Q. S.

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION JURIDICA NO ACOGE UN DERECHO INCONDICIONAL (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La casación, lejos de ser una tercera instancia en la que el Tribunal Supremo pueda examinar y valorar libremente todos los elementos de convicción traídos al proceso, es un remedio procesal encaminado a determinar si dados unos hechos, no adecuadamente destruidos, es correcta o no la apreciación jurídica efectuada por el juzgador de instancia, resultando también improcedente la pretensión de que por ser más beneficiosa y abierta deba considerarse así la nueva redacción, ya que el proceso civil se rige por el principio de dualidad de partes y contradicción, de forma que lo favorecedor para una es perjudicial para la otra y el principio constitucional de protección jurídica no acoge un derecho incondicional a tal protección, sino el de obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas, que lo son en el presente caso las de la ley anterior, conforme a las cuales se preparó el recurso.

J. Q. S.

EL ARTICULO 1.280 DEL CODIGO CIVIL NO EXIGE FORMALIDADES «AD SOLEMNITATEM», SINO «AD PROBATIONEM» (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina de esta Sala tiene establecido, de acuerdo con las normas de los artículos 1.278 y 1.279 del Código Civil, que las del artículo 1.280 no comportan la exigencia de formalidades *ad solemnitatem*, sino tan sólo *ad probationem*, de suerte que el juzgador de instancia puede pronunciar la existencia de un contrato, es decir, que reúna los requisitos del artículo 1.261 de dicho cuerpo legal, sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita, pudiendo, por tanto, proclamarlo el Tribunal *a quo* por apreciación de los medios de prueba aducidos en las actuaciones.

J. Q. S.

EL PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO. ES VALIDO EL AFIANZAMIENTO DE UNA DEUDA FUTURA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que la acción de tercera de dominio entraña la pretensión principal del levantamiento de la traba que el embargo significa, y consiguiente cancelación de su anotación en el Registro de la Propiedad, no lo es menos que en el debate judicial a que da lugar la pretensión del tercerista puede discutirse toda la problemática de derecho material y no sólo la de índole puramente procesal, pues el artículo 38 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de legitimación registral, pero tal principio, a diferencia del de fe pública regis-

tral que el artículo 34 de la propia Ley sanciona, establece sólo una presunción, que por su carácter de *ius tantum* admite prueba en contrario. Si bien las tercerías de dominio habrán de fundarse en el dominio de los bienes embargados, ello es bajo el presupuesto de que el que ejerce la acción pertinente ostente la condición de «tercero», según la jurisprudencia de esta Sala, contenida en sus Sentencias de 2 de febrero de 1984 y 26 de enero de 1985, las que establecen 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 válida la garantía de una deuda futura de cuantía desconocida e incierta cuando existe la obligación de la que puede derivar, al ser susceptibles de afianzamiento todas las obligaciones cualquiera que sea su objeto, incluso las deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, aunque, como dispone el artículo 1.825, no se pueda en tal caso reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida, o sea, hasta que la deuda esté completamente determinada.

J. Q. S.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION: ES COMPETENTE LA JURISDICCION CIVIL CUANDO NO ESTE ESPECIFICAMENTE ATRIBUIDA LA COMPETENCIA A OTRAS JURISDICCIONES (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La acción entablada se fundamenta en los artículos 389, 1.907 y 1.908 del Código Civil, por falta de la diligencia exigible a un propietario para la buena conservación de los elementos de su propiedad que puedan con su ruina causar daño. Es claro que el deber de no causar daño por el defectuoso estado de las cosas propiedad del Patrimonio estatal no es materia exclusiva de un servicio público, con sus notas características, por lo cual la caída de una columna de adorno en un jardín no expresa fundamentalmente el funcionamiento normal o anormal de un hipotético servicio público, sino el quebrantamiento del deber genérico de vigilancia y el específico de cuidado de las cosas propias que es exigible a cualquier titular de bienes. En materia de culpa extracontractual de la Administración es competente la jurisdicción civil, siempre que específicamente no venga atribuida la competencia a otra jurisdicción.

Una constante jurisprudencia viene asimilando a todos los efectos la exigencia de la reclamación previa en la vía gubernativa, al acto de conciliación, como una oportunidad de dar satisfacción extraprocesal al demandante.

J. Q. S.

NO ES RESCINDIBLE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UNA FINCA URBANA, EN EL QUE SE DESCONOCIO LA EXISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO DE UN BAJO (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Entre las hipótesis de rescisión de los contratos que contempla el artículo 1.291 del Código Civil, no puede subsumirse el haberse negado, o desconocido, en una escritura de compraventa, la existencia de un contrato de arrendamiento sobre un bajo de la finca enajenada, sin perjuicio de que tal negativa ninguna trascendencia tendría respecto a la subsistencia de la relación arrendaticia existente, por lo que no cabe reconocer a los actores un interés merecedor de tutela jurídica respecto a dicha pretensión, en cuanto ni eran a la sazón titulares de algún derecho subjetivo, ni se encontraban en una situación jurídica que la mencionada compraventa desconociera o amenazara.

J. Q. S.

PREVALENCIA DE LAS CLAUSULAS DE UN CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Las cláusulas convenidas en el contrato de seguro deben prevalecer sobre la voluntad unilateral de los contratantes, e incluso sobre las voluntades bilaterales de los mismos en aquellos supuestos que del contrato se deriven efectos frente a terceros, así como que su observancia y obligatoriedad vendrán en función del sentido literal de su texto, cuando los términos de las estipulaciones que contienen son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, con arreglo a la norma del artículo 1.281 del Código Civil.

J. Q. S.

DIFERENTES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA CADUCIDAD (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que la doctrina jurisprudencial se ha pronunciado de manera reiterada acerca de que el plazo de seis meses prevenido en el artículo 1.490 del Código Civil, es de caducidad y no de prescripción; pero la jurisprudencia no ha venido manteniendo con igual reiteración cuales fuesen los efectos y consecuencias del plazo de caducidad, toda vez que en las sentencias referenciadas por la parte en la fundamentación del recurso, las citadas al principio establecen que «la caducidad no admite la interrupción del tiempo» y «entablada la interpelación judicial después de haber transcurrido, es totalmente improporcionable», matizando aún más las fechadas en 26 de junio de 1974 y 7 de mayo de 1981 que «el plazo del artículo 1.490 debe reputarse de caducidad y en consecuencia no admite interrupción, ni siquiera a través

del acto de conciliación». Por el contrario, junto a la doctrina acabada de expresar está la derivada de las Sentencias de 20 de mayo de 1972 y 17 de febrero de 1979, con arreglo a las cuales el acto de conciliación es válido en punto a impedir la caducidad de la acción, a las que cabría adicionar la de 8 de noviembre de 1983, que admite la interrupción de la caducidad en presencia de un acto procesal válido, y 23 de diciembre del mismo año, que reconoce que los plazos de caducidad pueden admitir excepcionalmente interrupción, sin que haya razón para sostener que sólo se ejercita el derecho a través de la presentación de la demanda.

J. Q. S.

LA FIANZA NO ESTA PRESIDIDA POR UN FIN DE LIBERALIDAD
(SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La naturaleza accesoria del contrato de fianza, al comportar las eventuales consecuencias de cumplimiento de la obligación garantizada en defecto del deudor principal, con los derechos típicos de reembolso y subrogación que determinan los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil, impide catalogar el acto de afianzamiento como presidido por un fin de liberalidad y gratuidad de los prohibidos al marido por el párrafo 1.º del artículo 1.413 del propio Código, vigente en el momento de autos. Importa acentuar la prioridad que debe darse a la seguridad del tráfico jurídico mercantil, cuando en el mismo interviene una persona casada, inicialmente legitimada para obligar el patrimonio consorcial; y la presunción de ganancialidad pasiva del contrato, que abona la responsabilidad de los bienes de esta naturaleza en cualquier obligación contraída por el marido durante el matrimonio, responsabilidad que ha de predicarse, pese al carácter no oneroso de la obligación asumida, cuando de la singularidad del caso y aún de su excepcionalidad quepa deducir la existencia de aquel consentimiento de la esposa que, como formalidad de control, es decir, como simple asentimiento, venía exigido, para las disposiciones a título gratuito, por el artículo 1.413 del Código Civil, precepto que significa que la esposa, que no aparece formalmente en el aval, ni está externamente vinculada a él, no puede desconocerlo ni impugnarlo, salvo que acredite que su consentimiento estuvo viciado.

J. Q. S.

REQUISITOS PARA APLICAR LA CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»
(SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—En orden a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es constante exigencia de la jurisprudencia de esta Sala, como pone de relieve la Sentencia de 16 de junio de 1983, que para la aplicación de tal cláusula se den determinados requisitos, entre ellos el de la concurrencia de hechos extraordinarios, imprevisibles e imprevisos por las partes, de tal enjundia que puedan provocar el desequilibrio

de las prestaciones básicas del contrato, fundantes de su justa reciprocidad.

J. Q. S.

PARA ACOGER LA «EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS» NO BASTAN LAS MERAS SOSPECHAS (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Para acoger la *exceptio non adimpleti contractus* no bastan las meras sospechas o temores de consecuencias futuras y, en todo caso, no es suficiente aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (Sentencia de 4 de octubre de 1983) ni frustren las legítimas expectativas de la parte (Sentencias de 27 de octubre de 1981 y 2 y 7 de marzo de 1983), sin que en la demandada se acredite cuál se precisa para el acogimiento, una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de hechos obstativos.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: LAS NORMAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA HAN DE INTERPRETARSE CON FLEXIBILIDAD (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La conocida doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba en supuestos de culpa extracontractual no se basa en una presunción de culpabilidad, sino en el supuesto de que una persona para su provecho maneja dispositivos u ordena trabajos que, objetivamente, entrañan un peligro para los demás y por ello, si por causa de esos dispositivos o trabajos, se produce un resultado lesivo, es a quienes los manejan o se aprovechan a los que corresponde probar la diligencia en su uso, ya que no resultaría lógico exigir a los perjudicados que prueben las circunstancias de las causas de su perjuicio, que les son ajenas, lo que no implica la proclamación de una responsabilidad objetiva, solamente exigible cuando el ordenamiento jurídico la impone, normalmente para procurar un mínimo de indemnidad a las posibles víctimas, no incompatible con la exigencia de culpa extracontractual que tiene lugar cuando no se prueba la diligencia debida en el cumplimiento del deber civil genérico de cuidado que establece el artículo 1.902 y siguientes del Código Civil, y de esa falta de diligencia proviene, causalmente, un resultado dañoso, que origina la responsabilidad civil directa y solidaria.

No se quebranta el principio constitucional de legalidad, que solamente se refiere al derecho sancionador, con sus requisitos de tipicidad y penalidad, cuando se condena en aplicación de una ley con una base probatoria, aunque la naturaleza de los hechos requiera que la distribución de la carga de la prueba se altere para la averiguación de la verdad, sobre criterios de experiencia, porque las normas sobre la carga de la prueba han de interpretarse con cierta flexibilidad, y porque la propia

presunción de inocencia, incluso en materia penal, cede ante argumentaciones sobre indicios razonables con base en los hechos conocidos.

J. Q. S.

LA SUMISION NO PUEDE DEJARSE AL ARBITRIO DE UNO DE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La sumisión es la primera de las reglas sobre competencia territorial, pero la expresa ha de establecerse de manera clara, precisa y de modo bilateral, es decir, suscrita por la parte que renuncia a su fuero propio, sin que ello pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Tiene sentado esta Sala que no es sumisión expresa la cláusula sin firma en el reverso de un documento, figurando la firma en el anverso, sin referencia a ella (Sentencia de 12 de noviembre de 1985).

J. Q. S.

ARRENDAMIENTO. MENOR DE EDAD.—Artículos 164 antiguo y 166, párrafo 1.º, actual, del Código Civil (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1987).

La madre viuda de un menor de edad da en arrendamiento una finca urbana con huerta aneja propiedad de éste, sin autorización judicial. Vendida luego la finca arrendada, con autorización del Juez, el comprador pretende se declare la nulidad del arrendamiento por no haber mediado la autorización judicial, a lo que accede el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lugo, mientras que la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revoca en este particular la Sentencia del Juzgado, declarando la subsistencia del arrendamiento.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el comprador, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho.

1. El juicio de que el presente recurso dimana versa sobre la validez o resolución del contrato de arrendamiento del local que se dirá y para el adecuado enjuiciamiento han de establecerse las siguientes puntualizaciones: A) El local forma parte de una casa compuesta de planta baja, destinada a garaje, y dos plantas más destinadas a vivienda, así como del correspondiente desván, de la superficie aproximada de 96 metros cuadrados. Tiene en su parte trasera una huerta de la superficie aproximada de 224 metros cuadrados. B) Era propietario de la misma F. A. C., casado con A. C. P., padres de J. A. C., habiéndole arrendado aquél el local al demandado, F. P. S., junto con la huerta. Fallecido el propietario y habiendo cesado el arrendatario, siendo todavía menor de edad J. A. C., su madre lo cedió en arrendamiento verbal a la demandante, M. S. G., junto con la denominada huerta, que es terreno anejo que únicamente

puede usarse con el local, por el cual tiene acceso. C) La sentencia impugnada sienta, sin contradicción en el recurso, que la demandada, según expresiones literales del «considerando» quinto, «se dedica al comercio de ultramarinos al por mayor, en cuya actividad, como continuadora de la de su fallecido esposo, consta en los Registros fiscales de la Delegación de Hacienda de Lugo, con tres vehículos adscritos a tal industria; vehículos que se guardan en el local para cuyo fin fue arrendado (el local litigioso), motivos por los que tal arrendamiento no está comprendido dentro del Código Civil y se regirá por las normas aplicables al del local de negocio, de acuerdo con cuanto se dispone en el artículo 5.º, 2, de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos». D) El 16 de marzo de 1977, A. C. P., habiendo obtenido autorización judicial al efecto, que le fue otorgada por auto de 7 de marzo de 1977, vendió la finca al aquí demandante, E. R. G. E) El Juzgado estimó íntegramente la demanda por entender que «la madre no puede arrendar en nombre de su hijo sin la previa autorización judicial» y porque «al no referirse el local arrendado a vivienda ni a negocio no puede regirse por las disposiciones que regulan los arrendamientos urbanos sino por el Código Civil». La Audiencia, por el contrario, entiende que «el arrendamiento es un acto de administración», «señalándose como el prototipo de tales actos de administración», sin «que la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos los iguale o asimile a los concertados por más de seis años» y «por ello la madre del menor que era titular del derecho de propiedad del inmueble podía dar la parte baja en arrendamiento, como así lo hizo, a la demandada sin necesidad de autorización judicial»; notando, de otra parte (como ya se adelantó), que «la misma (demandada) se dedica al comercio de ultramarinos al por mayor en cuya actividad, como continuadora de la de su fallecido esposo, consta en los Registros fiscales de la Delegación de Hacienda de Lugo con tres vehículos adscritos a tal industria; vehículos que se guardan en el local para cuyo fin fue arrendado, motivos por los que tal arrendamiento no está comprendido dentro del Código Civil y se regirá por las normas aplicables al de local de negocio, de acuerdo con cuanto se previene en el artículo 5.º, 2, de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos». Consecuentemente, revoca la Sentencia del Juzgado que había declarado la nulidad del contrato de arrendamiento y condenado a la demandada M. a dejar local y terreno a disposición del actor, y, en su lugar, declara la existencia de arrendamiento en favor de la demandada (hoy sus herederos) concerniente al local y terreno adyacente, condenando al demandante a que lo reconozca y perciba la renta. F) El recurso se articula con tres motivos, todos ellos al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en que se denuncia, respectivamente, la infracción del artículo 1.548 en relación con los 1.263 y 1.264 del Código Civil (1.º), la no aplicación de los artículos 164 y 1.548 del Código Civil (2.º) y la no aplicación del artículo 4.º, 1, del Código Civil en relación con los preceptos que se citan de la legislación sobre arrendamientos rústicos y señaladamente el artículo 12 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos.

2. El artículo 164 del Código Civil, anterior a la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, al igual que el párrafo primero del vigente artículo 166, exige a los padres administradores de los bienes de sus hijos que para enajenar los bienes inmuebles cuando concurren cau-

sas de necesidad o utilidad para hacerlo, obtengan «la previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal». El artículo 1.548 del mismo Código Civil, tanto antes como después de la reforma del mismo por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, prohíbe a los padres dar en arrendamiento «las cosas por término que exceda de seis años». Se plantea ante dichos textos legales la cuestión de si los padres ostentan, fuera de esa prohibición, la facultad de arrendar los bienes inmuebles que no pueden enajenar ni gravar sin la previa autorización judicial, cuestión que no es otra que la de si el arrendar dichos bienes es acto de administración que pueden efectuar sin licencia judicial o, por el contrario, es acto de enajenación o gravamen sujeto a esta exigencia de la autorización del Juez, oído el Ministerio Fiscal. Para los arrendamientos rústicos existe una norma especial ya desde la Ley de 15 de marzo de 1935, artículo 3.º, que es ahora la del artículo 12 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, cuyo número 2 previene que «los padres o tutores podrán dar en arrendamiento las fincas de los menores sujetos a su patria potestad o tutela por término no superior al que falte a dichos menores para alcanzar la mayoría de edad», siendo improrrogables estos arrendamientos. Ante la inexistencia de una norma paralela en la Ley de Arrendamientos Urbanos que no la ha ofrecido en ninguno de sus textos a partir del de 31 de diciembre de 1946 y que no la presenta en el vigente de 1964, hay que entender, que, para los arrendamientos de inmuebles que no se hallen sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos citada, ya lo estén a la común ya a la especial de Arrendamientos Urbanos, cualesquiera sean las dudas que puedan suscitar las opiniones de los autores, sin fuerza de doctrina legal, en torno a la naturaleza jurídica del Derecho de arrendamiento, el otorgamiento del mismo en nuestro sistema positivo constituye, por regla general, un acto de administración (últimamente, Sentencia de 8 de octubre de 1985), a no ser que se concierte por un plazo de duración superior a seis años, ya que, en supuesto de esa duración estaría alcanzado por la prohibición expresa del artículo 1.548 del Código Civil, precepto que por lo demás resuelve la cuestión planteada con carácter general, respecto de todos los demás arrendamientos y ha de leerse en el sentido de autorizar, de modo explícito, a los padres para arrendar los bienes de sus hijos por plazo que no exceda del referido, según así lo entendieron las Sentencias de esta Sala de 29 de abril de 1950 y 3 de diciembre de 1954, cuya doctrina procede reiterar. La limitación temporal prevista en el artículo 1.548 del Código Civil ha de entenderse en relación, en su caso, con el artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y en el sentido de que la prohibición del primero operará impidiendo la estipulación en el contrato de un plazo superior al de seis años, sin la previa autorización judicial, mas sin tomar en consideración el régimen de la prórroga forzosa a que se refiere el siguiente artículo 57 y que se inicia «llegado el día del vencimiento del plazo pactado», a partir del cual ya no es obligatoria la permanencia del inquilino o arrendatario sino potestad, sujeta empero a las excepciones reguladas en los artículos 62 a 94.

3. Los razonamientos precedentes significan la desestimación de los dos primeros motivos del recurso en que se acusa infracción de los artículos 164 y 1.548 del Código Civil. Como corroborante de esa desestimación debe aducirse también que la enajenación realizada sin la previa

autorización judicial no es inexistente en el sentido del artículo 1.261 ni tampoco nula en el del número 3 del artículo 6.º, sino que, como declaró la Sentencia de 9 de diciembre de 1953, puede la enajenación convalidarse al llegar el menor a la mayor edad (no cabe, en cambio, subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial, pues ésta sólo daría la validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada). A partir de esa naturaleza de simple anulabilidad, parece ha de cuestionarse la legitimación de quienes no sean el propio hijo o los que del mismo traigan causa, negándola a quienes se sitúen fuera de la reducida esfera de los intereses del hijo que aparejan la exigencia de la autorización judicial oído el Ministerio Fiscal, no correspondiendo, por tanto, al adquirente de la casa por título de compraventa. La Sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1912, al no rechazar la aplicabilidad del artículo 1.301 del Código Civil a los contratos celebrados sin autorización judicial, autoriza a pensarlo así.

F. C. L.

MANDATO NO REPRESENTATIVO. NEGOCIO FIDUCIARIO.—Artículos 1.097 y 1.709 del Código Civil (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Tenerife, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de la Orotava que había estimado parcialmente la demanda, conforme a los siguientes fundamentos:

1. En cuanto atañe al presente recurso de casación y por ser hechos pacíficos que contribuyen a una mejor comprensión de los problemas planteados, ha de sentarse cuanto sigue: A) Los esposos don J. S. y doña G. H., domiciliados en Santa Cruz de Tenerife (España), fallecieron el 15 de marzo de 1980 en Accra (Ghana). B) El señor J. S. había otorgado testamento el 11 de septiembre de 1971, por el que dejaba todos sus bienes a su mujer, si bien bajo el número 4 decía: «Dos tiendas llamadas 'Amber' y Restaurante 'Taj Mahal', Puerto de la Cruz, Tenerife, El Supermercado denominado 'Kwality', en la avenida Generalísimo, pertenece a K. T., de Túnez, puesto que el importe me fue pagado, aunque esté inscrito a mi nombre. La propiedad del citado 'Kwality' va, pues, al citado K. T. o a sus sucesores». C) Dichos señores tenían suscrito convenio, cuya traducción oficial es del siguiente tenor: «El presente contrato ha sido celebrado hoy día 15 de junio de 1979 entre don J. S., avenida Venezuela, 6, Puerto de la Cruz (Tenerife), de una parte, y don K. T., de Túnez (Túnez), de la otra parte, convenido en la forma siguiente: 1) Don K. T., segunda parte contratante, es dueño y propietario de la finca e industria conocidos como 'Kwality Supermercado', situado en avenida del Generalísimo, 7, en Puerto de la Cruz (Tenerife). El local está actualmente a nombre de don J. S., quien lo compró con el dinero del señor K. T., que trajo divisa extranjera al país. 2) La industria

'Kwality Supermercado' arriba mencionada se explota bajo el nombre de J. S. en fideicomiso para el señor K. T. 3) El beneficio de la industria será dividido en partes iguales entre las dos partes. 4) Don J. S. continuará recibiendo beneficios mientras viva y después de su fallecimiento la propiedad y control de toda la industria revertirá al señor K. T., sus sucesores y causahabientes. 5) Don J. S., mientras viva, controlará, explotará y administrará dicha industria consultando con el señor K. T. 6) Todos los impuestos y otras obligaciones de la industria serán pagados por dicha industria y el beneficio neto será repartido en partes iguales entre ambas partes. 7) El señor K. T. tiene todo derecho a transferir la propiedad de dicha industria o a legar dicha industria al sucesor de su elección, notificándolo por escrito a la primera parte contratante o por medio de testamento. 8) La primera parte contratante será responsable de llevar la contabilidad adecuada y presentar las declaraciones a las autoridades competentes». D) Por demanda fechada el 29 de octubre de 1980, don K. T. ejercitó ante el Juzgado de La Orotava acción sobre declaración y reconocimiento de derechos de propiedad contra los desconocidos e ignorados herederos de don J. S. y doña G. H., así como contra aquellas personas que tuvieren interés directo o indirecto en las herencias yacentes de los mismos, a fin de que se declarase su pleno dominio del negocio o industria del Supermercado y de los locales donde se desarrolla la venta al público, más otros bienes inmuebles y muebles que enumeraba en el hecho sexto, considerándolos al servicio y normal desenvolvimiento del negocio, solicitando igualmente que se los condenase a otorgar los instrumentos públicos acreditativos de la propiedad de los mismos (petición modificada en réplica). E) Comparecidas diferentes personas como demandados y presuntos herederos, que se limitaron a pedir la desestimación de la demanda, el Juzgado accedió parcialmente a ella, estimándola sólo en cuanto a la industria 'Kwality' y los dos locales designados con las letras A y B del hecho sexto del escrito de iniciación, inscritos como fincas 6.755 y 6.756, debiendo transmitirle su propiedad los demandados que resultasen herederos. F) Interpuesto recurso de apelación por don K. T. y adherida al mismo doña G. M., que actuaba por sí y en beneficio de la herencia yacente, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Tenerife confirmó la Sentencia del Juzgado.

2. El primer motivo de casación formulada por el señor K. T. se ampara en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia infracción, en concepto de violación por inaplicación, del artículo 1.709 del Código Civil, puesto que, dice, «al estar en presencia de un mandato del hoy recurrente a don J. S., éste actuaba por cuenta de aquél y, por tanto, las adquisiciones que realizó lo fueron en beneficio del señor K. T.». El perecimiento del motivo es claro, pues si bien es cierto que la sentencia de instancia admite prácticamente la existencia de un mandato entre los señores K. T. y J. S., acudiendo a la figura del negocio fiduciario (aunque no lo diga, encuadrándolo en lo que ha dado en llamarse «fiducia *cum amico*»), ya que el fallecido don J. S. —fiduciario— recibió del hoy recurrente el mandato de montarle un supermercado con dinero que al efecto le entregó, encargándose después de su administración remunerada, pero actuando al hacerlo en su propio nombre, de suerte que cumpliendo ese cometido «adquirió el inmue-

ble adecuado, efectuó la inscripción registral y puso en marcha el comercio como si fuera personalmente interesado, derivándose de ese modo de operar una titularidad formal y aparente de los bienes y negocio en favor del fiduciario, válida y eficaz frente a terceros desconocedores del pacto de fiducia, pero que obliga *inter partes* a reconocer las titularidades reales en favor del fiduciante» (considerando cuarto), no lo es menos que el fundamento de Derecho quinto se dedica a determinar la extensión objetiva que ha de darse al Supermercado «Kwality», teniendo en cuenta para ello: que el testamento otorgado el 11 de septiembre de 1971 por el señor J. S., al propio tiempo que reconocía su propiedad en favor del actor, excluía y disponía como propias de dos fincas situadas en el mismo inmueble y adquiridas en idéntica escritura (las tiendas llamadas «Amber» y Restaurante «Taj Mahal»), lo que concuerda con que en el convenio de 15 de julio de 1979, posterior a la compra de los otros inmuebles que el actor reclama en el hecho sexto de su demanda, se habla de «la finca» y «el local» en singular, y sigue diciendo la Audiencia que «si los demás inmuebles reclamados fueron adquiridos por don J. S. con dinero procedente del negocio del supermercado, después de funcionar éste, lo hizo no sólo en su nombre, sino también en su propio beneficio e interés», sin perjuicio de lo cual, continúa afirmando, tales operaciones se habrían tenido en cuenta o se tendrían en el futuro al rendirse cuentas de la Administración; es decir: no se infringe el artículo 1.709, pues se aplica el concepto contenido en el mismo; se determinan sus límites; y se señala que, en la hipótesis de haberse adquirido bienes con dinero del negocio de supermercado, se habrán rendido cuentas o se rendirán en el futuro; e incluso el propio recurrente reconoce que se aplica para atribuir al demandante la propiedad del supermercado, pero no la de los restantes bienes, con lo que pretende sustituir el criterio interpretativo de la Sala, objetivo e independiente, por el suyo propio, subjetivo e interesado, lo que no cabe en casación.

3. El segundo motivo, con base en idéntico ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción por inaplicación del artículo 1.097 del Código Civil, al pretender el recurrente que si la sentencia de instancia admite que el Supermercado «Kwality» lo adquirió el señor J. S. por cuenta del señor K. T., dicha compra implica no sólo lo principal, sino también lo accesorio, entendiéndose como tal, además del supermercado propiamente dicho, almacenes, depósitos y oficinas, las viviendas de empleados y vehículos del supermercado. El decaimiento del motivo se produce porque da por sentado lo que no aparece acreditado en autos, hace supuesto de la cuestión, se olvida de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en quien tenía la carga de la misma y pretende sustituir el criterio de la Sala de instancia por el suyo propio. En modo alguno puede estimarse probado que los demás bienes contenidos en el hecho sexto de la demanda sean partes integrantes o pertenencias del negocio, ni dependencia del mismo, pues funcionaron sin tal carácter, y tampoco la comparación de valores lo justifica, de forma tal que cuando la Audiencia estudia la extensión objetiva del supermercado los considera excluidos, no sólo porque el señor J. S. los trató como propios en su testamento, sino también por la concordancia de éste con el convenio de 15 de julio de 1979, sin perjuicio de la oportuna rendición de cuentas, por todo lo cual el ataque

a la sentencia requería la previa alegación del número 4.º de dicho artículo 1.692, aduciendo error en la apreciación de la prueba, razones conjuntas que obligan igualmente al rechazo del motivo tercero, en el que se acusa infracción del artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el 1.281, párrafo 1.º, del mismo Código, manteniendo la tesis de que las cartas obrantes a los folios 297, 300 y 302 acreditan la propiedad del recurrente sobre los locales 11 y 10 del Edificio «Iders» del Puerto de la Cruz sobre los que se instalaron el Bazar «Amber» y el Restaurante «Taj Mahal», adquirido por el señor J. S. también en virtud del mandato cuya existencia admitió la sentencia de instancia para atribuir al señor K. T. la propiedad del supermercado, con lo que vuelve a hacerse supuesto de la cuestión, invadiendo facultades interpretativas de la Sala de instancia, cuya potestad ha de mantenerse en la hermenéutica incluso aunque ofreciese dudas, según constante y reiterada doctrina de innecesaria acotación, máxime cuando expresados documentos carecen de literosuficiencia, al no reflejar por sí mismos, sin necesidad de exégesis, lo que se pretende y no poder deducirse la propiedad del señor V. del simple cambio de impresiones sobre la explotación y destino de los mismos.

COMENTARIO.—Esta sentencia admite para nuestro Derecho el mandato no representativo, posibilidad negada por algunos autores siguiendo la equivocada dirección patrocinada por Sánchez Román. En el supuesto de hecho que origina el pleito, conforme al documento privado que se transcribe en la sentencia, se aprecia la existencia de: 1.º Un contrato de mandato no representativo, ya que al fallecido don J. S. compró en propio nombre pero siguiendo las instrucciones y por cuenta de don K. T. con dinero que éste le entregó al efecto y para el mismo, el Supermercado «Kwality»; no hay, pues, un posible contrato de préstamo, cuya existencia no se han planteado siquiera las partes. 2.º Un contrato de sociedad, que puede calificarse de sociedad civil irregular. 3.º Un negocio jurídico fiduciario, en cuya virtud uno de los socios, don K. T., propietario del supermercado, consiente que el otro socio figure como propietario formal o aparente del negocio de supermercado y gestione en propio nombre los intereses comunes.

F. C. L.

COMPRAVENTA. NULIDAD. SIMULACION FRAUDULENTA. MALA FE. PRESUNCIONES—Artículo 1.253 del Código Civil (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado.

Según resulta de documentos aportados a los autos, el Juez de primera instancia de Haro, en Sentencia de 28 de enero de 1975, en juicio

ejecutivo seguido a instancias de la empresa PERCAM, S. A., mandó seguir adelante la ejecución despachada hasta el remate de los bienes embargados y con su producto hacer cumplido pago a la misma, con los intereses correspondientes y pago de costas. En los referidos autos ejecutivos *consta la notificación de la sentencia al representante legal de la ejecutada, la empresa PYSBE, S. A., en la persona de don J. S. L., practicada el 6 de marzo de 1975.* Posteriormente, y por Sentencia de 28 de mayo de 1975 del mismo Juzgado, se tuvo por ampliado el remate, agregando a la cifra inicial la de 753.679 pesetas, más intereses legales, por vencimiento de otra letra, constando, asimismo, la *notificación de esta nueva sentencia* al representante legal de PYSBE, S. A. Previa publicación de edictos, se celebró subasta el 2 de febrero de 1976, declarada desierta por falta de postores, celebrándose segunda subasta el 29 de abril de 1976, con rebaja del 25 por 100, sin que compareciera ningún postor, por lo que se celebró una tercera subasta, sin sujeción a tipo, concurriendo varios licitadores, entre ellos don J. S. L. (a su vez representante legal de la ejecutada), que ofreció 23.000.000 de pesetas, habiendo consignado previamente 2.900.000 pesetas. Mediante exhorto librado al Juzgado de San Sebastián, se le requirió personalmente en su domicilio para que completara la suma ofrecida. Al no hacerlo, el Juzgado, por providencia de 27 de septiembre de 1976, ordena nueva subasta para el 30 de noviembre del mismo año, quedando el señor S. responsable de la posible disminución del precio del remate y de las costas que se causaren. Celebrada la subasta anunciada, concurren varios licitadores y resulta mejor postor don J. P. G., que ofrece 20.000.000 de pesetas, habiendo consignado previamente la cantidad de 2.900.000 pesetas. Requerido para que complete esta última, no lo hace y se declara en quiebra esta cuarta subasta. El 10 de junio de 1977, ante el Notario de Haro, la entidad PERCAM, S. A., cede a Astilleros de Santander, S. A., su crédito contra Pesquerías y Secaderos de Bacalao de España, S. A. (PYSBE, S. A.), llevando aparejada esta cesión la subrogación de la Compañía cesionaria en la situación procesal en el juicio ejecutivo, teniéndosele por parte por providencia de 16 de septiembre de 1977. El nuevo ejecutante, Astander, Sociedad Anónima, solicitó, conforme al artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la adjudicación del inmueble embargado por las dos terceras partes del precio que sirvió de tipo para la segunda subasta, que representaba un 50 por 100 del valor de la tasación. Todo ello fue notificado a PYSBE, S. A., en su domicilio de Pasajes por mediación del Juzgado de San Sebastián. Por providencia de 23 de diciembre de 1977 se adjudicó a Astilleros de Santander, S. A., la finca embargada por la suma de 14.473.000 pesetas, *declarándose responsables a don J. S. L. y a don I. P. G.,* con las fianzas prestadas, de la disminución del precio entre el montante del remate de las subastas en que intervinieron y el de adjudicación. Practicada la liquidación de costas, y consignada en el Juzgado la cantidad de 9.904.265,52 pesetas se dejó transcurrir con exceso el plazo de tres días concedido a la sociedad ejecutada para el otorgamiento de la escritura pública, el Juez de Haro señaló el 16 de mayo de 1978 para su otorgamiento de oficio. Pero, paralelamente a estos hechos, son de destacar, por su importancia, los siguientes: El 1 de agosto de 1977, y ante Notario, se otorga escritura de compraventa de la misma nave embargada a PYSBE, S. A., en el procedimiento ejecutivo de que se viene

haciendo mérito y en el que don J. S. L., en representación legal de la misma, vendé a Alimentos Congelados Tierra-Mar, S. A., haciéndose constar las siguientes cargas: a) anotación preventiva de embargo, letra A): PERCAM, S. A., contra PYSBE, S. A., por 3.403.312,73 pesetas, embargándose la finca de Pasajes; b) anotación preventiva de embargo, letra B), a favor del Estado, por 474.075 pesetas, por débitos de Urbana, Industrial y Licencia Fiscal, ampliándose después a 5.151.583 de principal, 1.030.317 por apremios y 150.000 para costas; c) anotación en reclamación de 1.189.731 pesetas de principal, 4.409 de protesto y 300.000 para costas e intereses. En esta escritura se asigna a la finca el valor ficticio de 13.448.935 pesetas, que se dice equivalente al precio, declarándose por la vendedora recibidas, antes del otorgamiento, la cantidad de 2.218.383 pesetas, otorgando carta de pago; y las restantes 11.230.362 pesetas, se *las reserva* la parte compradora para hacer frente a las cantidades adeudadas, cantidad que aún sigue en reserva —al menos en la tramitación del pleito— y que nunca se ha satisfecho, consumando así el mayor fraude procesal rayano en clara actividad delictiva en el otorgamiento del contrato, como se desprende de la providencia de esta Sala que mandó oír al Ministerio Fiscal y del enjundioso dictamen emitido por el mismo. Pero es que, además, hay que tener en cuenta que los emplazamientos a PYSBE, S. A., y Alimentos Congelados, S. A., se hacen en el mismo domicilio y a la misma persona, actuaciones todas que de consuno culminan en ocultar el otorgamiento de la escritura al Juzgado y que nunca se pagó cantidad alguna, hasta el punto de que fue el Servicio de Recaudaciones el que, ante el impago de las cantidades adeudadas, promovió el correspondiente embargo e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Hay, evidentemente, una infracción del artículo 1.253 del Código Civil en la sentencia de instancia, pues lo que debiera ser tan sólo un juicio de valor, se torna en clara infracción del precepto citado, donde los hechos que se han destacado conducen a la indeclinable de la mala fe con que ha obrado la parte recurrente, hasta el punto de rozar el dolo penal, sólo inviable su acción correspondiente para exigir tal responsabilidad por una prescripción que la hubiera hecho estéril y hasta el incomprensible aquietamiento de la parte actora, pero que avalan el acogimiento del segundo de los motivos del recurso, en el que se denuncia la violación del artículo 1.253 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, doctrina aplicable al tercero de los motivos dada su paridad argumental y consecuencias, en cuanto se trata de concluir las motivaciones que llevaron al demandado y colaboradores a otorgar tan fraudulenta escritura.

Finalmente, el cuarto motivo, merece su acogimiento, en cuanto en pureza de doctrina, se postula una simulación absoluta, al amparo de los artículos 1.261, 3.º; 1.274 y 1.276 del Código Civil y cuya configuración se deduce de modo palmario y evidente de los hechos que se han consignado.

Aun cuando ya se ha dejado apuntado, la Sala debe hacer constar el valioso dictamen del Ministerio Fiscal, evacuado por imperativo del artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el que se hace un estudio minucioso de la conducta seguida por los demandados y ahora recurridos y destacar la esterilidad de la acción penal por simple prescripción de la misma.

F. C. L.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA.—Artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1987).

Condenados por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos —que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esa capital—, los demandados, el soldado conductor del vehículo militar y el Estado, a pagar solidariamente a los padres de los soldados fallecidos en el accidente de circulación determinadas cantidades, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados y apelados, conforme a las siguientes consideraciones, recogiendo la consolidada doctrina jurisprudencial según la cual la conjunta demanda a la Administración con una persona privada determina la competencia de la jurisdicción civil.

1. Para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación, ha de partirse de las siguientes puntualizaciones: 1) Siendo el día 16 de febrero de 1979, y a hora no precisada («a primeras horas del amanecer», folio 237 vuelto; o «sobre las 19,45»), el vehículo tipo «Land Rover», de la matrícula 67.314, perteneciente al Regimiento Acorazado de Caballería «España» número 11, circulaba por la carretera de Madrid a Irún y en sentido de marcha hacia Madrid y concretamente transitaba el kilómetro 272,150, conducido por el soldado de dicha unidad J. A. T. y ocupado por el sargento L. G. A. y los soldados C. F. I., J. A. Z., R. E. A., P. S. R. y L. A. Z.. Dicho vehículo formaba parte integrante de un convoy militar e iba, por tanto, precedido y seguido de otros vehículos militares. Los ocupantes del repetido vehículo portaban las armas correspondientes. 2) En dicho punto kilométrico existe un cambio de rasante que fue rebasado por el «Land Rover» y, dentro de los cien metros siguientes, colisionó contra el camión de la matrícula (francesa) 5161-GQ, con cisterna de la matrícula 9024 FH 13, propiedad de «Omnium National de Transports et de Explotations Routières», de Marsella, conducido por A. J. S. A consecuencia de la colisión se produjeron, aparte daños materiales a ambos vehículos y al armamento que portaban los ocupantes del vehículo militar, el fallecimiento del sargento y de los cuatro soldados enunciados primeramente, quedando lesionados el conductor del mismo y el otro soldado ocupante, habiendo sanado sin lesiones. La pretensión indemnizatoria aparece deducida por los padres del fallecido Claudio (C. F. R. y M. Z. B.) y se contrae a 2.700.000 pesetas por cada óbito, aparte y además de las 300.000 pesetas ya satisfechas con cargo al Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor. 3) La pretensión indemnizatoria se dirige contra el soldado conductor, J. A. T. (colocado en rebeldía), y contra el Estado y se ampara en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, solicitándose sean condenados ambos demandados, conjunta y solidariamente, al pago de dichas cantidades y por el expresado concepto. 4) Con anterioridad a la presentación de la demanda origen del juicio de que el presente recurso dimana se siguieron diligencias previas, elevadas a sumario, por el Juzgado de Instrucción de Briviesca, que se inhibió en favor de la jurisdicción militar. Esta, a su vez, abrió diligencias preparatorias, celebrándose el juicio oral y dictándose Sentencia de 17 de febrero de 1981, que absolvió al acusado J. A. T. y, consiguientemente, al Estado que era parte en el concepto de responsabilidad civil.

La sentencia absolutoria quedó firme al ser desestimados los recursos de apelación por la Autoridad Judicial Militar de la 6.ª Región Militar en su Decreto auditoriado de 9 de abril de 1981. Las reclamaciones civiles previas a la demanda, fueron resueltas en sentido desestimatorio, durante la tramitación del juicio. La Sentencia del Juzgado (13 de julio de 1983) estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción expresamente opuesta por el Estado; pero la Audiencia (18 de octubre de 1985) desestimó la misma y condenó a los demandados en los términos solicitados. El recurso de casación se articula con tres motivos, el primero de los cuales, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega el abuso en el ejercicio de la jurisdicción cometido por la sentencia impugnada, por entender que se ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el 3.º, apartado *b*), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a quien, y no al orden jurisdiccional civil, corresponde conocer de la reclamación de indemnización.

2. Existe una reiterada doctrina de esta Sala de que son exponente las Sentencias de 15 de octubre de 1976, 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985, 14 de octubre de 1986 y 2 de febrero de 1987, acerca de que la conjunta demanda de la Administración con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia de los órganos del orden jurisdiccional civil por cuanto (como dice la de 14 de octubre de 1986, antedicha) «siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios». La últimamente citada de 2 de febrero de 1986 concluye que los diferentes órdenes jurisdiccionales, conforme al artículo 9.º, 6, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. No existe una jurisdicción ordinaria y, a su lado, otras jurisdicciones especiales, sino órdenes jurisdiccionales iguales que deben desarrollar e integrar sus competencias respectivas, por lo que ya no es invocable el principio de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil; pero cuando ni aún así pueda atribuirse el conocimiento del asunto, el orden jurisdiccional civil funcionará como residual, según el fundamental artículo 9.º, 2, entendiéndose dicho orden, «además de las materias que le son propias», también de «todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», como no lo está la responsabilidad extracontractual de un particular, en el caso el conductor del vehículo militar demandado *iure proprio*, aun cuando se combine solidariamente con la de una Administración pública. Como se ha concluido por un autorizado sector de la doctrina, parece preferible que, a falta de una solución legislativa, conozcan los Tribunales civiles de pretensiones indemnizatorias contra la Administración, aunque tengan por origen daños derivados de situaciones regidas por normas jurídico-administrativas, a que los Tribunales del orden contencioso-administrativo conozcan de pretensiones indemnizatorias contra particulares que a veces pueden ser completamente ajenos a la actividad administrativa. No ocurre esto último en el caso que aquí se enjuicia, en el que, sin embargo, la responsabilidad fluye de la culpa personal del conductor, según la tesis de la demanda, en la cual no puede dejarse al conductor fuera del

juicio. Por todo lo razonado procede desestimar el motivo primero del recurso que alega el abuso en el ejercicio de la jurisdicción.

3. El segundo motivo del recurso alega error en la apreciación de la prueba con infracción de los artículos 1.225 y 1.228 del Código Civil y concordantes sobre prueba de documentos. Al decir de este motivo, «de la prueba existente en autos no se deduce actuación culposa o negligente, ni del soldado ni de la Administración». No indica el motivo cuáles sean, concretamente, los documentos obrantes en las actuaciones que denoten el error padecido por el juzgador, lo que es inexcusable conforme al número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que pueda apreciarse. Si el error fuere de Derecho habría de razonarse asimismo, diciendo en qué consistió, sin ser bastante una global descalificación de la apreciación de la prueba efectuada por el juzgador de la instancia, debiendo, además, encauzarse por el número 5.º, y no por el 4.º, como se ha hecho, ya que consistiría en la infracción de una norma valorativa de la prueba. Sin embargo, lo decisivo para rechazar este motivo a la par del tercero en que se afirma «que no hubo culpa ni negligencia en el conductor» es volver sobre el *factum* establecido, en el que el vehículo militar corona un cambio de rasante yendo en caravana con otros vehículos en hora crepuscular ocupando la parte izquierda según el sentido de su marcha y yendo así a golpear contra el camión que con indiscutible corrección discurría en el opuesto y ello sin que no ya se pruebe, pero ni siquiera se alegue una razón explicativa de tan grave anomalía en la circulación. No justifica en esta vía civil «el hecho de que fuera sobreseído sin responsabilidad alguna para el mismo (conductor), la causa instruida para depurar las posibles responsabilidades en la producción del accidente», como arguye este motivo, ya que fuera del caso de que la extinción de la acción penal «proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la (acción) civil hubiese podido nacer» y a que se refiere el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los órganos jurisdiccional civiles son enteramente libres para apreciar las pruebas y establecer otro *factum* que el contemplado en la esfera represiva y para valorar libremente las conductas.

4. También debe rechazarse el motivo cuarto y último del recurso y con él el recurso mismo, pues, en efecto, este motivo alega la infracción del artículo 1.º del Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, y que es ahora el también artículo 1.º del Real Decreto legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adapta el Texto Refundido de Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico comunitario. La condena a la indemnización que en el juicio de que el presente recurso dimana se cuestiona, no se funda positivamente en ese texto legal ni en el principio a que responde de la responsabilidad objetiva atenuada. En punto a las relaciones entre el régimen de las responsabilidades cubiertas por el Seguro de suscripción obligatoria y el general de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, la Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1987, recaída en caso de sustancial coincidencia con el presente declara que «el concepto clásico de la culpa, basado en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias (art. 1.104 CC) ha evolucionado».

nado» «en forma similar a como dentro de los accidentes de la circulación vial en el precepto específico del artículo 1.º del Texto Refundido de 1968 y del Decreto legislativo de 1986, al no tratarse de una pura responsabilidad objetiva se va a parar, en definitiva, a una responsabilidad por el riesgo que supone manejar una máquina como el automóvil que entraña peligros para los bienes jurídicos ajenos», pues, «en definitiva, frente a la generalidad del artículo 1.902, el artículo 1.º citado tiene un carácter especial para los accidentes de circulación vial, lo que no excluye, al no tratarse de norma excepcional, que a estos últimos se aplique por analogía, y por defecto en su caso de la normativa especial, la norma general y jurisprudencia recaída en su aplicación.

F. C. L.

CONDICION RESOLUTORIA EXPLICITA.—Artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelante contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jerez de la Frontera, conforme a los siguientes fundamentos.

1. Como consecuencia del contrato de compraventa suscrito en 8 de mayo de 1981 entre la Sociedad «Inmobiliaria Urbis, S. A.», en concepto de vendedora, y don C. R. R., en calidad de comprador, con referencia a determinada vivienda situada en el término municipal de Puerto de Santa María, la citada sociedad vendedora instó juicio declarativo de mayor cuantía contra el mencionado comprador, en solicitud de que se declarase resuelto el contrato en cuestión por incumplimiento del comprador al no haber atendido el pago de una serie de letras de cambio libradas para pago del precio, así como el derecho de aquélla a retener y hacer suya la cantidad entregada hasta la fecha a cuenta del precio, como indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, con condena del demandado a estar y pasar por dichas declaraciones. El señor R., al contestar la demanda, interesó, a su vez, que no se diese lugar a la resolución del contrato, al haber sido la sociedad actora la incumplidora de sus obligaciones al entregar los pisos en mal estado y con numerosos defectos, y que se arreglasen éstos, valorados en 180.000 pesetas, o se rebajase tal cantidad del importe adeudado. El procedimiento se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jerez de la Frontera, el que, por Sentencia de 22 de octubre de 1983, declaró resuelto de pleno derecho el contrato de compraventa y el derecho de la actora a retener y hacer suya la mitad de la cantidad entregada por el comprador a cuenta del precio, con devolución a éste de la otra mitad, y desestimó la demanda reconvenzional. Apelada que fue esa resolución, la Sala Segunda de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Sevilla, en 4 de diciembre de 1985, la confirmó y acordó, además, devolver a la parte demandada las letras de cambio impagadas

de las que se expidieron en méritos del contrato, y contra esta segunda sentencia y por la representación del comprador-demandado, señor R. R., se interpuso el presente recurso de casación.

2. El único motivo del recurso se formula por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo de su ordinal 5.º, aunque no se mencione expresamente, y por infracción, por interpretación errónea del artículo 1.124 del Código Civil, en relación con el 1.504 del mismo, al no haberse aceptado su excepción de «contrato no cumplido». La fundamentación fáctica de las sentencias de instancia, no combatida casacionalmente, radicó, en sustancia, en los particulares siguientes: *que* las partes suscribieron, en 8 de mayo de 1981, un contrato de compraventa, con precio aplazado, sobre determinada vivienda, sita en término municipal de Puerto de Santa María; *que* entregada la vivienda y en disfrute y uso de la misma por el comprador-recurrente, éste dejó de atender el pago de varias letras de cambio, originando el protesto de las correspondientes a partir del 1 de mayo de 1982; *que* en razón al impago y protesto, la sociedad vendedora-recurrente, requirió notarialmente al comprador en orden al abono del descubierto, con la advertencia del ejercicio de la acción de resolución contractual; *que* el comprador no consignó las cantidades adeudadas, no obstante su ofrecimiento al respecto, y *que* no existió constancia de que el comprador hubiera mostrado su disconformidad con el estado de la vivienda adquirida hasta que en contestación al requerimiento notarial, aludió a las reclamaciones por defectos constructivos, consistentes en grifos con ruidos intensos, humedades en el cuarto de baño y dos boquetes en la escaloya del mismo con salida de agua en el piso, valorando las reparaciones de los defectos en la cantidad de 120.000 pesetas.

3. Atendiendo a la base fáctica expuesta, está fuera de duda que la resolución del contrato concedida por los juzgadores de instancia, era acorde con el contenido literal y espiritualista de los artículos 1.124 y 1.504 del texto civil, especialmente cuando, como con acierto se expresa en las Sentencias del Juzgado y la Audiencia, la acción prevista en el artículo 1.484, a la que, en su caso, podría haberse acogido el comprador, se encontraba extinguida por cumplimiento de los plazos figurados en el artículo 1.490, y cuando el supuesto de autos no era posible comprenderle en el artículo 1.502, ello aparte de que la existencia de los defectos hechos mención, por su escasa importancia cualitativa y cuantitativa, no permitía generar la hipótesis de haber mediado un incumplimiento contractual de la sociedad vendedora, previo al imputado a la contraparte; por todo lo cual y ante la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* una interpretación errónea en su aplicación de los repetidos artículos 1.124 y 1.504, resulta procedente, sin necesidad de mayores razonamientos, desestimar el motivo estudiado, en el que, verdaderamente, se viene haciendo supuesto de la cuestión.

F. C. L.

CONDICION RESOLUTORIA EXPLICITA.—Artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, conforme a las siguientes consideraciones:

1. La sentencia recurrida declara la resolución del contrato de compraventa de un piso, por incumplimiento, por parte de la compradora, de su deber de pago del precio, ya que, según el documento privado contractual, de fecha 9 de octubre de 1979, cuando se produjo el requerimiento resolutorio (23 de febrero de 1980), la compradora debía haber pagado una primera entrega, en la fecha del contrato, coincidente con la puesta en posesión del piso, de 600.000 pesetas, de las que solamente pagó 25.000 pesetas, y además dos letras de cambio, por un importe total de 515.000 pesetas, que no pagó.

2. Recurre la compradora, demandada y reconviniente, con un cuarto motivo, basado en el artículo 1.692, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba, en contra del terminante resultado que arroja la memoria de construcción del piso, complementado por informe pericial, de los que alega que se desprende la deficiente calidad, desajustada al proyecto, del piso objeto del contrato, principalmente por los mármoles empleados, la madera y la decoración de las paredes. El importe de tales deficiencias supera el de las cantidades impagadas y revela la circunstancia de que el vendedor fue incumplidor y, por tanto, no pudo, en tales condiciones, resolver el contrato. Frente a la argumentación de este motivo aparece que tanto la memoria como el informe pericial aludido fueron tomados en cuenta por el juzgador en las instancias, complementados con una diligencia pericial para mejor proveer, y de ese conjunto probatorio, que no se puede escindir en aislados elementos (Sentencias de esta Sala de fecha 19 de febrero de 1986, 3 de marzo de 1987 y 9 de marzo de 1987, entre otras), concluye que, sobre el precio aproximado, en cualquier hipótesis, a 10.000.000 de pesetas, las deficiencias de construcción apreciadas representan una cantidad insuficiente (150.058 pesetas), que no impide proclamar que el vendedor, en el momento del requerimiento resolutorio, mediante la tradición material de la cosa, había cumplido su deber fundamental y podía exigir la mayor cantidad representada por el precio correspondiente a la compradora, la cual pudo haber alegado una posible rebaja, pero nunca lícitamente adoptar una actitud de total impago, continuando en el disfrute gratuito de la posesión. Queda, pues, manifiesto el buen criterio de la sentencia recurrida, al concluir, en afirmación de hecho, que el vendedor había cumplido su deber esencial, de donde se deduce que sí que pudo ejercitar la acción resolutoria ante el incumplimiento de la demandada compradora.

3. La desestimación del motivo cuarto lleva consigo la de los motivos segundo y tercero, que, con apoyo en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegan la infracción del artículo 1.124, en relación con

los 1.504 y 1.471 del Código Civil, pues, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, el leve incumplimiento del vendedor, que entrega la cosa con pequeñas deficiencias, no le constituye en incumplidor (Sentencias de esta Sala de fecha 10 de febrero de 1984, 27 de octubre de 1986, 30 de octubre de 1986, 3 de enero de 1987 y 10 de febrero de 1987, entre otras), y menos, sin constancia de una voluntad deliberada de incumplir, cuando la compradora nunca, antes del proceso, había hecho reclamación alguna, en actitud claramente contraria al principio de buena fe, dentro de toda índole de situaciones jurídicas, y especialmente en la vida contractual (artículos 7, 1.º; 1.255, y 1.258 del Código Civil).

4. En esta línea inspirada en el principio de la buena fe, debe estudiarse el primer motivo, amparado en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.281 y 1.288 del Código Civil, pues entiende el recurrente que la cláusula tercera del contrato de compraventa enuncia un precio total alzado de 9.059.000 pesetas, en tanto que su desglose en plazos arroja la cantidad superior de 10.809.000 pesetas. La sentencia impugnada, partiendo de la base de la existencia del concepto del precio y de una parte de retención para pago de hipoteca, concluye de modo no ilegal y no ilógico, que la diferencia de cantidades se debe a intereses por los plazos fijados, extremo apoyado en prueba de testigo presencial no tachado. Por otra parte, sirve de guía a esta interpretación el hecho de que la compradora inició sin explicación alguna su conducta de incumplimiento, por lo que se difumina el plano de la cuestión de la cuantía del precio por esta actitud negativa, que no ha permitido deducir la disposición a pagar el precio reclamado, ni siquiera el mantenido por la propia recurrente. Por todo ello, la interpretación del contrato, dentro de las potestades del Tribunal de apelación, es correcta (Sentencias de esta Sala de fecha 22 de octubre de 1986, 28 de noviembre de 1986 y 14 de febrero de 1987, entre otras).

F. C. L.

DONACION DE INMUEBLES. CARACTER ESENCIAL DE LA ESCRITURA PUBLICA Y LA ACEPTACION POR EL DONATARIO EN VIDA DEL DONANTE (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que había conformado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esta capital, conforme a las siguientes consideraciones:

1. Renunciado el primer motivo en el acto de la vista, debe hacerse constar, respecto al segundo, que nuestro ordenamiento jurídico regula la donación de inmuebles como contrato solemne y exige para su validez que se haga en escritura pública y que conste la aceptación con la misma solemnidad (art. 633 del Código Civil), determinando la ausencia de esta exigencia su nulidad absoluta por falta de uno de los requisitos esenciales para su existencia, sin que frente a esta normativa especial pueda invocarse si el artículo 1.254, relativo a que el contrato existe desde que una

o varias personas consistentes en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, ya que tal consentimiento debe exteriorizarse, en casos como el presente, en la forma ordenada por la Ley, ni el artículo 1.279, referente a que los contratantes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública u otra forma especial exigida por la Ley, pues para ello dicho precepto impone que en el contrato concurra el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez, y requisito esencial para la validez de la donación de inmuebles es, como se acaba de exponer, la forma solemne, es decir, la escritura pública, y la misma forma solemne para la aceptación, que, además, debe hacerse en vida del donante, por lo que si en el caso de litis, según se expresa en la sentencia recurrida, la donación fue aceptada por la Jefatura Provincial de dicha institución, que según sus Estatutos, a falta de apoderamiento expreso, sólo ostentaba la representación para llevar a cabo actos jurídicos de administración, limitados a sus propios recursos, es manifiesto que debe rechazarse el segundo motivo, que con apoyo en el ordinal quinto denuncia la infracción de los artículos 618, que define la donación; 623, que remite su perfección al conocimiento de la aceptación por el donante; 621, que establece la aplicación de las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en lo no previsto en su regulación específica, y 625 y 626, sobre capacidad para hacer donaciones, en relación con los artículos 1.254, 1.258 y 1.282, todos ellos del Código Civil, pues, como se ha dicho, la normativa específica de la donación es de aplicación preferente a la genérica citada en el motivo.

2. Si, pues, la donación de bienes inmuebles es nula de pleno derecho por no haber sido aceptada en vida del donante, es claro que no puede hablarse de prescripción de la acción para pedir dicha nulidad en cuanto tal acción es imprescriptible al no admitir subrogación lo radicalmente nulo, razonamiento que conduce a la desestimación del tercer motivo, amparado en el mismo ordinal, y en el que se acusa la infracción de los artículos 1.930 y 1.964 —por error se cita el 1.963—, relativos, respectivamente, a la prescripción adquisitiva y a la prescripción extintiva de la acción personal contemplada en el artículo 1.964 del Código Civil.

3. Finalmente, el cuarto motivo, deducido al amparo del mismo ordinal, y en el que se acusa la infracción de los artículos 1.930, 1.940, 1.957 y 1.959 sobre prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria, no puede merecer mejor acogida, pues si la sentencia recurrida afirma, afirmación no combatida, que la institución donataria no conoció la existencia de la donación hasta el año 1957, ni se consideró ininterrumpidamente dueña de la finca al haber reconocido en 1954 la carencia de poder en su jefe provincial para la aceptación y la conveniencia de considerar la solicitud de devolución del inmueble y de llegar a un acuerdo sobre tal particular, y si, por otra parte, la reclamación previa en la vía gubernativa tuvo lugar en el año 1980, es manifiesto que, prescindiendo de otras circunstancias, ni puede apreciarse la prescripción adquisitiva ordinaria por falta de título, al ser la donación radicalmente nula, ni la extraordinaria por falta del transcurso del plazo de treinta años necesarios para consumir tal adquisición.

F. C. L.

CAUSA. CONCEPTO (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1987).

Declara que «el artículo 1.274 del Código Civil, al concretar que en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, no da un concepto o definición de la misma, sino que la especifica con sentido objetivo para los contratos de igual clase, significando el fin que se persigue, ajeno a la mera intención o subjetividad que significan los móviles, acogibles sólo cuando sean reconocidos por ambas partes contratantes y exteriorizados por su relevancia».

PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1987).

Fundado el recurso en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto el recurrente entiende infringido negativamente el párrafo primero del artículo 24 de la Constitución Española, habiéndose tramitado toda la litis por el procedimiento preferente y sumario de los artículos 11 y siguientes de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, declara el Tribunal Supremo que «cuando se invoca la violación de derechos fundamentales como consecuencia de un acto o una resolución judicial, es necesaria la existencia de determinados presupuestos positivos y negativos, que contribuyen a delinear el marco institucional de este proceso especial debiendo entenderse dentro del orden positivo: 1.º Que tales derechos sean susceptibles de amparo, con arreglo al artículo 53, 2.º, de la Constitución Española. 2.º Que la supuesta violación tenga su origen inmediato y directo en el acto judicial cuestionado. 3.º Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. 4.º Que en la demanda se invoque formalmente el derecho constitucional vulnerado. 5.º Que la tal demanda se presente dentro del plazo reglamentario».

F. C. L.

D) DERECHO DE FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

BIENES GANANCIALES. FIANZA PRESTADA SOLO POR EL MARIDO. EMBARGO (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1988).

Embargados bienes gananciales para responder de fianza en póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa prestada sólo por el marido, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso

de casación, confirmando la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital según los siguientes fundamentos:

1. Constituyen presupuestos de hecho en el presente recurso: 1) Que en el juicio ejecutivo número 854/1979 seguido contra los esposos de las aquí recurrentes, se embargaron los bienes descritos en la demanda de tercería instada por las esposas de los ejecutados, como consecuencia de haber otorgado un aval en póliza de préstamos y créditos concedida a otros de los demandados que aparecen en el juicio de tercería que aquí concluye. 2) Referidos bienes pertenecen al patrimonio ganancial de ambas recurrentes.

2. Las en su día actoras y aquí impugnantes de la sentencia dictada en apelación oponen a ésta una única motivación, en la cual y con fundamento en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, denuncian la infracción de los artículos 348, 1.413 y 1.911 del Código Civil y de la doctrina de esta Sala que citan. Dicho motivo es de imposible estimación, por cuanto frente a las alegaciones que en él se hacen en apoyo de su tesis, es lo cierto que este Tribunal tiene proclamado: a) Que lo primero a contemplar en supuestos como el presente es si el accionante de tercería tiene la condición de «tercero» o si es deudor, dado que, en esta segunda hipótesis, carecerá de legitimación para el ejercicio de la pertinente pretensión (Sentencias, desde la inicial, de 25 de junio de 1895, a la última, de 10 de diciembre de 1986). b) Que en esta tercería de dominio aparece acreditado, cual se ha indicado en el precedente fundamento, que quienes accionan son cotitulares de los bienes embargados por razón de pertenecer los mismos al patrimonio ganancial y como consecuencia de su matrimonio con los ejecutados a título de avalistas del deudor principal. c) Que vigente el régimen ganancial, y como también tiene declarado esta Sala en sus últimas resoluciones, la esposa demandante no tiene en estos casos la condición de «tercero» ni, por tanto, la legitimación activa precisa para esgrimir la acción de tercería de dominio, toda vez que no constando se haya hecho liquidación de la sociedad ganancial y no siendo ésta, jurídicamente hablando, una comunidad romana o por cuotas, cual la del artículo 392 del Código Civil, ni la titularidad de dicho patrimonio corresponde por cuotas a cada uno de los cónyuges ni tampoco a uno de ellos, viviendo el otro, la mitad del mismo, siendo preciso para que ello pueda suceder la liquidación de tal sociedad y la adjudicación de los bienes resultantes, nada de lo cual aparece se haya realizado aquí (Sentencias de 11 de abril de 1982, 2 de febrero de 1984, 26 y 29 de septiembre de 1986).

COMENTARIO.—No están del todo claros los presupuestos y la realidad de la gratuidad del acto o si existían relaciones negociales o intereses comunes entre avalistas y avalados, pues mediante tal afianzamiento realizado unilateralmente por uno de los cónyuges puede burlarse la necesidad de la codisposición para los actos en que se exige por el Código Civil.

F. C. L.

FILIACION NO MATRIMONIAL. INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. GRUPOS SANGUINEOS. Artículo 135 del Código Civil (SENTENCIA DEL 17 DE JUNIO DE 1987).

El artículo 135 del Código Civil introduce un criterio de gran amplitud que autoriza al Juez para tomar en consideración otros hechos, distintos a los enumerados en el precepto, de los que se infiera la filiación de modo análogo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo y Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Burgos y, en consecuencia, confirma la filiación no matrimonial reclamada por el hijo, en cuya fijación ha sido factor decisivo la prueba de grupos sanguíneos, como resulta de las siguientes consideraciones:

1. Constituyen antecedentes fácticos a tener en cuenta para la resolución de este recurso al no aparecer atacados en forma en el mismo, los siguientes: I) La actora y aquí recurrida y el demandado, ahora recurrente, «se conocieron en el último cuatrimestre del año 1979, saliendo frecuentemente y de manera asidua, si bien en el mes de enero de 1980 las salidas se fueron espaciando hasta dejar de salir juntos». II) El día 11 de octubre de 1980, la actora dio a luz un hijo, y de la prueba pericial biológica practicada en la Escuela de Medicina Legal de la Universidad de Madrid, que fue designada como perito de común acuerdo por ambas partes al objeto de emitir informe sobre la paternidad biológica objeto de la litis, «... sienta las conclusiones de que el presunto padre no puede ser excluido de la paternidad cuestionada, ya que contiene en su halotipo el gen A9, y presumiblemente el B, no encontrado (tipado), afirmando, como resultado de combinar la realidad ofrecida por la prueba de grupos sanguíneos y en el sistema citado de histocompatibilidad, un resultado estadístico porcentual del 98 por 100, lo que indica, traducido a expresión de paternidad, una 'paternidad muy probable' del demandado, don P. C. G., sobre el niño P. F. C., hijo de la demandante, doña C. F. C.» (considerando primero de la sentencia impugnada). III) A dicho informe se acompañaba una carta o escrito, que aparece recogido en el considerando segundo de la sentencia impugnada, dirigido a la actora y suscrito por uno de los peritos informantes, en el cual se dice: «Tras no excluir la paternidad estudiada y dar una paternidad positiva del 98 por 100 con los análisis efectuados, se había acordado con don P. C. G. su nueva presentación en el laboratorio para análisis adicionales, así como con su Abogado y Procurador —en ambos casos por teléfono y para el martes día 19 de octubre de 1982—, pero que, sorprendentemente, ni se presentó el día señalado ni han dado señales de vida para justificar su actitud (folio 134), y en el rollo de la Sala (folio 21) aparece otro escrito del mencionado centro reiterando la negativa del demandado y afirmando haberse aumentado considerablemente el número de marcadores genéticos a estudiar, por lo que en los casos que no hay exclusión de paternidad se llega a cifras del 99 y pico por 100, siendo ya una paternidad prácticamente probada».

2. El presente recurso se encauza por la vía procesal del ordinal 5.º

del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, al estimarse que el Tribunal *a quo* ha incidido en infracción del artículo 135 del Código Civil, girando todos sus razonamientos en torno a la eficacia probatoria del *test* biológico a que se hace referencia en el precedente considerando, en relación con su interpretación del precepto que considera infringido por el Tribunal de apelación.

3. La motivación claudica por las siguientes consideraciones: A) En primer lugar, y como punto de partida de los argumentos que se pasan a explayar, es preciso dejar sentado que el legislador español superando tradicionales desconfianzas comienza, en cierto modo al menos, a consagrar la función del Juez como *magister interpretationis* de la norma, especialmente cuando se trata de las dirigidas a regular cuestiones propias del derecho de familia (divorcio, separación, filiación, paternidad, etc.) o referidas al estado y condición de las personas (incapacidades, tutela, prodigalidad, etc.). B) No supone, sin embargo, este cambio de orientación convertir ni concebir al juzgador como un intérprete arbitrario, caprichoso y voluble y sí como un árbitro que viene obligado a efectuar la labor de exégesis que la Ley le encomienda conforme a los principios de la buena fe, la sana crítica y la lógica jurídica; esto es, convirtiéndole en un *arbiter bonis vir* o *bonis familiae*, consecuencia de lo cual es que sus decisiones puedan ser objeto de crítica a través de los oportunos recursos. C) Esto sentado y dando un paso más en el estudio de la presente motivación, se pasa al estudio e interpretación del artículo 135 del Código Civil, que se estima infringido por interpretación errónea o aplicación indebida, exégesis que confirma la desestimación del motivo, por cuanto que: 1) Referido precepto en su actual redacción, que refleja un sistema en cierto modo parecido al francés, sin sancionar plenamente el principio de prueba libre ni admitir exactamente el de las presunciones legales, introduce en materia probatoria e interpretativa un criterio de gran amplitud que autoriza al Juez, acudiendo a las presunciones *seu iudicis* a declarar o no la filiación reclamada, para lo cual, si bien habrá de tomar en términos generales y como punto de partida los hechos base que el legislador le señala en dicho precepto (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), le concede en el último párrafo la facultad de poner en juego lo dispuesto en el artículo 4, 1.º, del Código Civil, permitiéndole tomar en consideración «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo».

4. Así centrada fáctica y jurídicamente la cuestión, conviene recordar que en el supuesto aquí contemplado: a) La prueba biológica de investigación a que se hace referencia en el primero de estos fundamentos, ofrece unas posibilidades del 98 por 100 en favor de la paternidad del recurrente. b) Aparece igualmente acreditada la convivencia del recurrente con la actora. c) A estos efectos conviene tener también en cuenta, que este tipo de relaciones han de estar dotadas de cierta continuidad y ser coincidentes con el período de la concepción, extremos ambos que aparecen adecuadamente acreditados; y todo ello sin olvidar que existen esos «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo», extremos todos ellos que pone de relieve la sentencia impugnada cuando en el segundo considerando y después de un detenido estudio de las pruebas practicadas, entre ellas la de confesión del demandado, concluye diciendo: «... pues todas esas manifestaciones y actitudes, ciertamente, se compadecen mal con aquel escaso conocimiento y con la existencia de meras relaciones

superficiales alegadas en los escritos de contestación y dúplica, y constituyen un conjunto de significativos hechos circunstanciales probados que sirven, en perfecta relación de causa a efecto, para alcanzar aquella verdad real de las relaciones de amistad íntima o noviazgo —más o menos informal— entre los litigantes, de las cuales fue engendrado y nació el hijo de la actora cuya paternidad constituye el objeto del litigio».

F. C. L.

DONACIONES «PROPTER NUPTIAS» EN CATALUÑA. IRREVOCABILIDAD. FIDEICOMISO DE RESIDUO. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA «SI SINE LIBERIS». Artículos 7, 16, 163, 164 y 175 de la Compilación catalana (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1987).

El fideicomisario condicional, que muere antes de cumplirse la condición, y el fideicomisario de residuo, que fallece antes que la fiduciaria, no adquiere ni transmite derecho alguno.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Ramón García Llorente, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Tortosa, confirmando en su segunda sentencia esta última íntegramente, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se desprende el supuesto fáctico que la motiva.

La conocida en Derecho foral catalán como *donació propter nuptias* o *ante nupcias* y que algunos intérpretes equiparan al *escreix* o *esponsalici*, es aquella que se hace en contemplación a un determinado matrimonio, produciendo sus efectos desde la celebración del mismo.

Ya de antiguo, la forma más corriente de otorgamiento era por vía de capitulaciones matrimoniales, y tanto los antiguos fueros como la actual Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, las califican de irrevocables, salvo, claro está, que así lo prevenga especialmente la misma Compilación, como se deduce del tenor literal de los artículos 7 y 16 de la citada Compilación.

La sentencia de Primera Instancia, en el tercero de sus fundamentos jurídicos o antiguos considerandos, aceptados íntegramente por la sentencia del Tribunal *a quo*, se cuida de resaltar la irrevocabilidad de las donaciones hechas en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el matrimonio A. W. y M. P. el 21 de diciembre de 1894 a favor de su hijo J. W. P. y en contemplación a su matrimonio con doña F. G. C., razones que llevan a concluir en la primera sentencia que la cláusula que aparece en el testamento otorgado el 21 de julio de 1902 por doña M. P. y en la que actuaba también como heredera distribuidora de los bienes de su difunto esposo no podía afectar en cuanto a los bienes anteriormente donados en vida.

En consecuencia, los motivos primero y segundo del recurso, complementarios entre sí, y que se amparan en el número 1.º del artículo 1.692, y en los que se denuncian las infracciones de los artículos 7 y 16 de la Compilación y sus precedentes fuentes forales, han de decaer por cuanto se acaba de apuntar.

Para el enjuiciamiento de las cuestiones traídas al proceso conviene hacer dos matizaciones de suma trascendencia: la primera, que don J. W. P. adquirió por donación *propter nupcias* determinadas fincas en capitulaciones matrimoniales otorgadas por sus progenitores, y segundo, que a ellas se suma la finca que aportó y que es conocida por Riusech, y que en puridad procesal, son las únicas que se debaten en la actual contienda.

Al hilo de esta primera premisa, hay que tener en cuenta que don J. W. P. al otorgar su testamento ordenó que de todos sus bienes, así muebles como raíces, derechos, créditos y acciones, presentes y futuros, nombraba heredera universal a su esposa doña F. G. C., con facultades amplias para que pueda disfrutar y disponer de dichos bienes sin limitación de ninguna clase y aunque contraiga segundas nupcias; y para el supuesto del fallecimiento de su esposa, nombraba herederos a sus hermanas doña A., don J., doña R., don A. y doña M. W. P., para que los que sobrevivieren a su esposa se los repartan en partes iguales o en la forma que tengan por conveniente.

Es evidente, pues, que el fideicomitente, don J. W. P., dispuso un fideicomiso de residuo, que tiene el carácter de condicional, estableciéndose así en el párrafo tercero del artículo 163 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña (que vertebraba el motivo sexto del recurso), en relación con el número 2.º del artículo 164, que dispone que si el fideicomisario fallece antes de cumplirse la condición no adquiere derecho alguno (que es objeto del motivo quinto).

Apareciendo probado que el fideicomitente, don J. W. P., falleció el 22 de abril de 1924 y adida la herencia por la fiduciaria, su esposa y heredera, y que todos los demás fideicomisarios fallecieron con anterioridad a la de aquella, es vista la procedencia de los dos motivos indicados, que se amparan en la infracción de los preceptos citados (núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

Finalmente, estableciendo la Compilación tantas veces citada, en el primer párrafo del artículo 175, que en las sustituciones fideicomisarias dispuestas para el fiduciario sin dejar hijos, sean o no con pluralidad de llamamientos de fideicomisarios sucesivos, los hijos puestos en condición no se considerarán sustitutos fideicomisarios, de no ser llamados expresamente como fideicomisarios o sustitutos vulgares; es visto que al no haber sido llamada expresamente la actora y que su padre, como sus hermanos fideicomisarios, fallecieron antes que la fiduciaria, el fideicomiso quedó purificado y nada pudo recibir la actora de quien nada había heredado, procediendo, asimismo, a acoger el motivo tercero, en que se denuncia el precepto de la Compilación Especial de que se hizo mérito.

Finalmente, el cuarto de los motivos, en que se denuncia la infracción del artículo 342 de la Compilación, en relación con el *Usatge Omnes Causa*, carece de practicidad, pues lo cierto es que, aun cuando haya sido objeto de debate, no se postulaba la usucapción como modo de adquirir el dominio, sino la vocación hereditaria de la actora, según se desprende de los términos literales del suplico de su demanda.

Pero es lo cierto que si así no fuese bastaría con recordar que, como se afirma en la sentencia de instancia, la posesión de la actora suscitó la oposición de los restantes copartícipes y que la posesión no era a título de dueño, por cuanto fue demandado el esposo, que actuaba como administrador.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES. FRAUDE DE ACREEDORES. ACCION RESCISORIA. Artículos 1.291, 1.294, 1.317, 1.401 y 1.402 del Código Civil (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo Figueroa, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados y apelados contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cáceres, según los siguientes fundamentos:

1. La Compañía mercantil anónima denominada «Banco Comercial Español, S. A.», promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra el matrimonio formado por don A. P. G. y doña A. G. G., en ejercicio de acción rescisoria de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los referidos cónyuges en 23 de abril de 1983, por entender que la misma había sido realizada en fraude de acreedores, cuyo procedimiento se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cáceres, el que, por Sentencia de 28 de mayo de 1985, desestimó la demanda y absolvió al expresado matrimonio de las pretensiones ejercitadas en aquélla; pero dicha resolución fue revocada por la de fecha 25 de noviembre de 1985, dictada por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Cáceres, que, con estimación de la demanda, declaró rescindida, por fraude de acreedores, la escritura de referencia, ordenando cancelar las inscripciones efectuadas en el Registro de la Propiedad en virtud de las adjudicaciones verificadas en ella, y es esta segunda sentencia la que es objeto del presente recurso de casación, formalizado por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de tres motivos hechos valer al amparo de los números 4.º y 5.º del mismo.

2. Razones de metodología procesal aconsejan comenzar el estudio de los motivos del recurso por el tercero de ellos, al denunciarse en él, por vía del ordinal 4.º del rituario artículo 1.692, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que demuestran la equivocación de la Sala de Instancia, y no obstante el confusionismo que se observa en su formulación, se desprende que el recurrente pretende realmente poner de manifiesto la existencia de tres errores al respecto: uno, referido a la póliza de garantía y afianzamiento de operaciones mercantiles, suscrita en 18 de febrero de 1982 (documento núm. 2 de la demanda); otro, en relación con la póliza de préstamo y crédito con garantía personal, convenida en 22 de junio de 1983 (documento núm. 5 de la demanda), y un tercero, correlacionado con los anteriores. La argumentación acerca de los presuntos errores radica en lo que sigue: para el primero, en que «según reconoce la demanda, el saldo deudor de 1.958.963 pesetas que se produce en la cuenta corriente de impagados, lo es con fecha 5 de octubre de 1983, siendo así que se habían otorgado las capitulaciones matrimoniales varios meses antes de esa fecha, lo que impide interpretar que pueda existir intención alguna fraudulenta en el instante en que se otorgaron, ya que se dispuso del referido saldo como consecuencia del siniestro ocurrido con posterioridad al otorgamiento, y sin que pudiera preverse que habría de venir a menos la situación económica de Coimpex como consecuencia de tal siniestro»; para el segundo, en que «por lo que respecta a la póliza suscrita en 22 de junio de 1983, es claro que se formaliza casi dos meses

después de otorgadas las capitulaciones, por lo que ni siquiera se cumple el primero de los requisitos exigidos para que prospere la acción rescisoria, cual es la existencia de un crédito anterior al otorgamiento del supuesto contrato celebrado en fraude de acreedores», y para el tercero, en que «de toda la prueba documental se deduce claramente que existen otros medios y otros bienes para que la entidad actora pueda hacer efectivo su crédito».

3. La argumentación anterior presupone que los documentos demostrativos de los presuntos errores son, en opinión del recurrente, las pólizas crediticias y la escritura de capitulaciones hechas mención y la certificación del interventor de la entidad actora diligenciada por Corredor de Comercio de 4 de octubre de 1983, acreditativa del referenciado saldo deudor de 1.958.963 pesetas (obstante al folio 58). La certificación del saldo deudor, por el dato de ser de fecha posterior al otorgamiento de las capitulaciones, no permite deducir de su solo contexto la inequívoca *ausencia* de intención fraudulenta en aquel otorgamiento, condición que resultaría necesaria para que de la directa confrontación de uno y otro documento, se desprendiese el error del Tribunal *a quo*, especialmente cuando en los supuestos de error, amparados en el ordinal 4.º, ha de tenerse en cuenta la doctrina concerniente a que: «el documento ha de ser contundente e indubitado *per se*, sin necesidad de interpretación», que viene corroborada por las Sentencias de 16 de abril de 1958, 13 de octubre de 1966; 21 de diciembre de 1981, 4 de noviembre de 1982, 14 de junio de 1983, 5 de diciembre de 1984, 3 de marzo de 1986 y 31 de marzo de 1987, expresivas de: «ser preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencian cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida». Además, no cabe omitir que la póliza de la que dimanó el saldo deudor fue suscrita con anterioridad a la fecha de la escritura de capitulaciones.

4. Tampoco es de *tomar* en consideración el error relacionado con la póliza de 22 de junio de 1983, pues aunque la fecha de su *contratación* fuese posterior a la del otorgamiento de las capitulaciones, no perdería validez el razonamiento expuesto en el precedente fundamento: «que la póliza de la que dimanó el saldo deudor fue suscrita con anterioridad a la fecha de la escritura de capitulaciones», e igual suerte ha de correr el tercero de los pretendidos errores, toda vez que la concreta documentación señalada por el recurrente es *inoperante* por sí sola, en orden a desvirtuar la apreciación de la Sala acerca de que la entidad actora no pudo ver satisfecho su derecho en el juicio ejecutivo promovido. Así, pues, y por cuanto ha quedado dicho, es determinante del fracaso del motivo estudiado.

5. Los motivos primero y segundo, únicos que restan por examinar, se agrupan a los fines de su estudio por la íntima relación en que se encuentran, pues ambos se acogen al ordinal 5.º del meritado artículo 1.692 para acusar, de modo respectivo, infracción de los artículos 1.214 y 1.291, 3.º, del Código Civil, toda vez que la sentencia recurrida llega a afirmar que no es necesaria la prueba del estado de insolvencia del deudor y a reconocer, implícitamente, que la entidad actora tiene otros medios a su alcance para cobrar la deuda. Estos motivos giran en torno a los requisitos necesarios en orden al éxito de la acción rescisoria: 1.º Existencia de un crédito. 2.º Intención defraudatoria. 3.º Pérdida de la efectividad del cré-

dito. 4.º Inexistencia de otro medio legal para obtener la efectividad debida, *centrándose* la cuestión en las dos últimas condiciones. A tales efectos, conviene resaltar que la acción rescisoria tiene naturaleza subsidiaria, en cuanto que su ejercicio viene subordinado a la imposibilidad de realizar el crédito, como inequívocamente se establecen en el artículo 1.294 del texto civil y se infiere del número 3.º del precedente artículo 1.291, al considerar rescindibles los contratos «celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no pueden de otro modo cobrar lo que se les debe». La anterior consideración viene reforzada por determinadas disposiciones reguladoras del «régimen económico matrimonial»; así, los artículos 1.317, 1.401 y 1.402 del Código Civil, que disponen: «La modificación del régimen económico matrimonial realizado durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros»; «mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor», y «los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la participación y liquidación de las herencias», especialmente cuando en desarrollo y aplicación de las mismas es doctrina mantenida por esta Sala la relativa a que: «Siendo requisito esencial para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe y dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, que sólo pueda ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, dicho requisito no concurre en los supuestos de disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio, que no perjudican los derechos ya adquiridos por terceros» (Sentencias de 15 y 17 de febrero de 1986 y 16 de febrero de 1987); doctrina ésta que no deviene incompatible con la sustentada en las sentencias recogidas en el fundamento sexto de la recurrida, puesto que su observancia ha de ceder frente a supuestos, como el de autos, en que al acreedor se le ofrecen posibilidades suficientes para lograr el pago de la deuda.

COMENTARIO.—Como se ve, dos son las razones fundamentales del fallo: 1.º No haber quedado probada la imposibilidad de la entidad bancaria, parte actora-recurrida, respecto a cobrar el débito, como se reconoce expresamente en la sentencia del Juzgado y se admite de manera implícita e indirecta por la Audiencia, lo que, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, determina que no pueda producirse tal fuerte efecto —la rescisión por fraude de acreedores de la escritura de capitulaciones matrimoniales—. 2.º Que el nuevo régimen económico matrimonial establecido en la citada escritura, y con independencia del mismo, las adjudicaciones de bienes realizadas a favor de los cónyuges en virtud de la liquidación de la anterior sociedad de gananciales, no perjudican nunca los derechos ya adquiridos por terceros.

Parece confundir aquí la representación del Banco lo que es el establecimiento de un nuevo régimen económico matrimonial, propio de las capitulaciones matrimoniales, con las consecuencias de la disolución o extinción del régimen precedente o que antes existía, con la consiguiente adjudicación de bienes, pero sin que ésta pueda en ningún caso perjudicar a terceros con derechos adquiridos. Y la distinción subsiste, aunque todo ello se formalice en el mismo instrumento.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

TITULOS NOBILIARIOS. HIDALGUÍA A FUERO DE ESPAÑA. ACCIÓN DE JACTANCIA (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara no haber lugar a la tesis sustentada por el actor, apelante y recurrente, con oposición del Ministerio Fiscal, quien ve así rechazada su petición en las dos instancias, constituidas por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia de esta capital, y por la sentencia del Supremo, conforme a las siguientes consideraciones, en las que parece remachar lo absurdo de la pretensión.

Primero. Lo primero que la Sala ha de declarar y dejar bien sentado es que, como el propio Letrado recurrente reconoció expresamente en el acto de la vista, el presente litigio no versa sobre mejor derecho al uso, posesión y disfrute de un título nobiliario. Por el contrario, estamos en presencia de unas singularísimas y prolijas actuaciones, en las que el actor pretende *obtener sentencia en la que se declare lo siguiente:* «1. Que don B. de M. M. es hidalgo a fuero de España con nobleza de sangre, lo mismo que sus padres, abuelos, bisabuelos y toda la línea ascendente por vía paterna desde tiempo inmemorial. 2. Que el demandante también tiene la hidalguía que le corresponde por línea materna, de su madre, de sus abuelos maternos, de sus bisabuelos, rebisabuelos, etc., y toda la línea de los M. y desde tiempo inmemorial, siendo, por tanto, hidalgo el demandante también por su apellido materno. 3. Que el demandante tiene derecho a utilizar en exclusiva, junto con los demás familiares de su propia sangre y linaje del apellido M., el escudo de armas que se describe». Para ello, el actor y hoy recurrente ha propuesto y practicado *una prueba montada sin posible contradictor privado*, pretendiendo las concretas declaraciones que han quedado transcritas.

Es el propio actor quien desvela el artificioso medio del que ha intentado valerse para la consecución de su propósito, al decir que *«como en la actualidad la Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla este tipo de acción declarativa que he promovido, he tenido que efectuar una FICCIÓN JURÍDICA, como es la de demandar en principio a una persona física que se oponga a esta declaración, a fin de salvar la laguna del cuerpo jurídico procesal, y con ello he resucitado, en síntesis, la antigua acción de jactancia contemplada en las Siete Partidas»* (folio 635), y añade: *«Porque la actual Ley Procesal no permite ir hoy en principio contra personas indeterminadas, ha sido el demandar a una persona concreta como principal demandado incrementando las partes litigantes e incluyendo también al Abogado del Estado para no dejar lugar a dudas de la generalidad de la demanda»* (folio 558 v.º). *«... lo que se persigue con este juicio sobre hidalguía del demandante que, frente a todos, quede claro que el mismo es hidalgo de sangre y que tal certeza jurídica quede reconocida en una sen-*

tencia declarativa y constitutiva de este derecho personal o más bien personalísimo. Obtenida dicha sentencia, al amparo del artículo 374 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se puede obtener ejecutoria expedida en nombre del Rey con iguales características a las antiguas ejecutorias expedidas en su día por las Reales Cancillerías..., satisfacciones de índole íntima y moral, pero para muchas personas de un valor muy superior al económico» (folio 635). «Destaca la persona física o jurídica sobre quien se desee proyectar de un modo inmediato los efectos de la sentencia. Piénsese, por ejemplo, en un cuerpo nobiliario cualquiera que, constreñido por la fuerza de la cosa juzgada, no podría ya discutir —ni siquiera considerar de nuevo— la hidalguía de la varonía del pretendiente...» (folio 558). El mismo actor se pregunta: «¿Podrían los órganos de la jurisdicción ordinaria hacer una declaración de esta naturaleza?» (folio 558), a lo que ha de responderse que evidentemente no, pues el órgano jurisdiccional tiene hoy día la alta misión de «ofrecer a todas las personas la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», pero en modo alguno la de refrendar esas «satisfacciones de índole íntima y moral», muy respetables, pero absolutamente desprovistas de fundamento jurídico en nuestros días.

En efecto, con el paso del Antiguo al Nuevo Régimen desapareció la distinción de nobles y plebeyos. Numerosas disposiciones derogaron la exigencia de pruebas nobiliarias y de limpieza de sangre, y hasta las «expresiones o distinciones que contribuyan a fomentar entre sus individuos las perjudiciales ideas de desigualdad legal o la rivalidad de clases» (Decreto de 9 de marzo de 1813). Abolidos todos los privilegios y exenciones, los hidalgos dejaron de constituir una clase social, quedando tal calidad reducida a un recuerdo histórico sin trascendencia alguna en la vida del Derecho. La normativa contenida en la Novísima Recopilación (libro XI, título XVII, Leyes 1 a 23): «De los pleitos de hidalguía y sus probanzas y del modo de calificar la nobleza y la limpieza», fue derogada por el artículo 2.182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el preámbulo del «Proyecto Oficial del Estatuto Nobiliario» (que nunca llegó a tener vigencia) se dice: «No existe en España ningún organismo similar a la Consula Aráldica Italiana o al Conseil Heraldique de Bélgica o al College of Arms de la Gran Bretaña, cuya única misión es la de confirmar las cartas de nobleza antiguas, sean o no títulos, de proponer nuevos ennoblecimientos, de confirmar o registrar o conceder nuevos escudos de armas, y no hay, pues, hoy día medio legal para quien siendo noble, quiera hacer ostentación de su calidad, como no sea título o pertenezca a alguna de las Corporaciones reconocidas oficialmente» (cual son las cinco Reales Maestranzas de Caballería y el Real Cuerpo Colegiado de la Nobleza de Madrid, cuyos individuos satisfacían, hasta fecha no lejana, los correspondientes derechos al Estado por sus despachos, al igual que en la actualidad lo siguen haciendo los títulos del Reino antes de serles expedidas las Reales Cartas de sucesión o rehabilitación de tales dignidades).

El hipotético supuesto de ser el actor descendiente de quienes disfrutaron en el Antiguo Régimen la condición legal de hidalgos con las exigencias y privilegios entonces inherentes a tal condición estamental, es cuestión que nuestro actual Ordenamiento jurídico no contempla ni regula, siendo, por tanto, tal dato irrelevante para el Derecho. De ello resulta, en conse-

cuencia, que el actor carece de derecho y, por tanto, de acción para postular del órgano jurisdiccional la pretendida declaración de hidalguía.

F. C. L.

TITULOS NOBILIARIOS. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. Artículo 1.964 del Código Civil (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Madrid número 15, estimando que a los títulos nobiliarios se les aplica la prescripción extintiva de quince años, conforme a la siguiente doctrina:

1. El motivo tercero, formulado por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción, por no aplicación, del artículo 1.964 del Código Civil, aduciendo que «el actor ha sostenido en este pleito que por el hecho de su nacimiento tenía acción, sin esperar a la muerte de su padre, para pedir que se declare su mejor derecho al título frente a la demandada», por lo que esa acción pudo ejercitarla desde 1953, fecha en la que la demandada obtuvo a su favor carta de sucesión, momento en que el actor hacía diez años que había nacido. Sin embargo, la acción no se ejercitó hasta veintiséis años después, es decir, cuando ya había prescrito. No nos referimos —precisa el recurrente— al tema de la prescripción adquisitiva del título, sino a la prescripción extintiva de la acción declarativa de mejor derecho al título, que es una acción personal sin término especial y que, como tal, prescribe a los quince años. La sentencia recurrida —termina diciendo— trata exclusivamente de la prescripción de la posesión y omite cualquier referencia al artículo 1.964 del Código Civil, incurriendo, al no aplicarlo, en la infracción que este motivo denuncia. En efecto, la sentencia recurrida (considerando sexto) hace caso omiso de la excepción de prescripción de la acción, oportunamente alegada por la hoy recurrente, limitándose a hacer una exposición un tanto imprecisa de la prescripción adquisitiva o usucapción. Y es lo cierto que habiéndose consolidado plenamente la doctrina de la Sala, según la cual, la posesión de un título nobiliario durante cuarenta años produce la prescripción adquisitiva del mismo (Sentencias de 7 y 27 de marzo de 1985; 14 de junio y 7 y 14 de julio de 1986; 5 y 23 de enero, 5 de junio y 27 de julio de 1987), resulta obligado admitir que es igualmente prescriptible la acción declarativa de mejor derecho a una determinada dignidad nobiliaria, tal como ya apuntó la Sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1987, al afirmar que «si los títulos son susceptibles de prescripción adquisitiva no cabe sostener la imprescriptibilidad de la acción correspondiente». Y ello en base a que todo derecho susceptible de ser consolidado por prescripción adquisitiva (usucapción), lo es al propio tiempo de extinguirse por prescripción de la acción para reclamarlo (prescripción extintiva o liberatoria). La primera puede hacerse valer por vía de acción y de excepción, porque su peculiar efecto es la adquisición de un derecho; la segunda, generalmente se esgrimirá como excepción, dado que

su efecto no es la adquisición de un derecho por parte del prescribiente, sino la pérdida de ese por quien ha dejado transcurrir el tiempo que fija la Ley para ejercitar la acción que, en otro caso, ampararía tal derecho. La prescripción extintiva o liberatoria no sólo extingue la acción, sino también el derecho (arts. 1.930, párrafo 2.º, y 1.932, párrafo 1.º, del Código Civil), y esto, como acertadamente expresa la doctrina, «no porque el derecho sustancial y la acción se confundan (pues son conceptos y momentos diversos), sino porque siendo la tutela judicial una nota inmanente y esencial del Derecho, perdida aquélla, se pierde también éste». Dichas acciones comienzan a prescribir a partir del momento en que pueden ser ejercitadas por sí o por la representación legal de quien es titular del derecho. Pero en casos como el presente, relativos al mejor derecho genealógico a un título nobiliario, en los que el derecho del padre es anterior y preferente al del hijo, sería un contrasentido que aquél viniese obligado a ejercitar la acción a nombre de éste por ser menor de edad, contradiciendo su personal actitud respecto de su propio derecho anterior y preferente. Será, pues, a partir del día en que el actor o litigante haya alcanzado la mayoría de edad cuando deba iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo, que en estos casos será de quince años por tratarse de una acción personal, habida cuenta que hoy día, según reiterada jurisprudencia de la Sala y del propio Tribunal Constitucional (Sentencia de 24 de mayo de 1982), los títulos nobiliarios son meras distinciones u honores, sin otra vinculación o significación patrimonial directa, siéndoles de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.964 del Código Civil para las acciones personales sin término especial de prescripción. En el caso de autos resulta que el actor, hoy recurrido, alcanzó su mayoría de edad a los veintiún años el 25 de enero de 1964, lo que significa que dejó transcurrir el plazo citado de prescripción antes de interponer la demanda de conciliación, que se concretó en un acto conciliatorio sin avenencia, celebrado el 23 de febrero de 1979, actos que precedieron en casi un año a la demanda principal de estas actuaciones. Y al no estimarlo así, la sentencia recurrida incide en la infracción denunciada en este tercer motivo, que, en consecuencia, ha de ser acogido en línea y concordancia con la reciente y ya firme doctrina de la Sala, que ha dado entrada en materia de títulos nobiliarios al juego de la prescripción adquisitiva o usucapión con los mismos efectos irreversibles por actitudes pasivas y complacientes (muy notorias y significativas en este caso) no imputables al actor perjudicado, sino a sus padres o ascendientes, potenciando así una vez más el principio de seguridad jurídica aludido y mencionado expresamente en la mayoría de esas recientes sentencias antes citadas, que encarnan y representan la nueva doctrina del Tribunal Supremo, que da entrada a instituciones civiles de Derecho común en el campo de las sucesiones nobiliarias.

F. C. L.

PARTICION HEREDITARIA. ADJUDICACION A UN HEREDERO DE VI-VIENDA OCUPADA COMO ARRENDATARIO POR OTRO (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casa-

ción por infracción de Ley interpuesto por la demandada y recurrida contra la sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 7 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente los hechos debatidos:

Los hechos que se estimaron probados fueron esencialmente los siguientes: *a)* La demandante y actual recurrida, doña M. S. M., es usufructuaria del piso sito en calle Moreto, número 17, 1.º derecha, en esta villa, según resulta de la testamentaría de su madre; piso que viene siendo ocupado desde el año 1948, cuando eran propietarios los padres de ambos, por el demandado y recurrente, don A. S. M. *b)* A consecuencia de dicha testamentaría se cargó en cuenta al recurrente, y a otros herederos que ocupaban otros pisos, unas cantidades en el capítulo de liquidación de cuentas e hijuela de gastos en la testamentaría «en el concepto de rentas de alquiler del piso que cada uno ocupa en casas que fueron propiedad de sus padres y por el tiempo que duró la citada testamentaría, dieciocho meses desde mayo de 1962 hasta octubre de 1963», folio 48 de los autos. *c)* En el acta de una reunión de los mismos herederos, en la que participaron los aquí litigantes, de fecha 29 de septiembre de 1963, con el contador partidor, se hizo adjudicación de fincas y pisos relictos de doña J. M. según se especifica entre los herederos reunidos, y entonces el demandado (adicional segunda) se comprometió solemnemente «a instar tan pronto como la tramitación de la testamentaría lo permita, la resolución del contrato de arrendamiento del piso 3.º derecha de la casa de Espalter, 13, y trasladarse a él una vez que lo tenga libre de inquilinos, desalojando totalmente el que en la actualidad ocupa de Moreto, 17». *d)* La usufructuaria, actual recurrida y demandante en la instancia, instó el desalojo del piso ocupado por el recurrente en calle Moreto, 17, y pidió en la misma demanda origen de esta litis el abono de gastos satisfechos por el citado piso correspondientes a la época en que lo ha disfrutado el demandado, y todos los daños y perjuicios que se le han ocasionado por no haber desalojado la vivienda el 31 de julio de 1979; cantidades que serán valoradas en ejecución de sentencia en razón de la rentabilidad normal de la citada vivienda.

El recurso sostiene que en el documento de fecha 29 de septiembre de 1963, al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, don A. S. M. contrajo una obligación condicional consistente en que únicamente desalojaría el piso que ocupa reclamado en la demanda cuando obtuviera la libre disposición del que es de su propiedad. El texto literal de la cláusula controvertida, según ha estimado también la Sala de Instancia, no permite llegar a la conclusión de que parte el recurrente, ya que: *a)* La condición en los negocios jurídicos, como elemento accidental de la declaración de voluntad, no se presume, sino que ha de ser claramente establecida, pues, como ha declarado esta Sala (Sentencias, entre otras, de 7 de noviembre de 1973 y 5 de diciembre de 1953), es legal y doctrinalmente incuestionable que la existencia de condición en las obligaciones no se presume, ya que la obligación condicional es la excepción y solamente puede deducirse cuando claramente el ánimo de los contratantes fue hacer depender los efectos del contrato de un acontecimiento futuro e incierto, para cuya determinación los Tribunales han de entrar en la interpretación del contrato al margen de lo que dijese las partes. *b)* En esa

interpretación, que incumbe al Tribunal de Instancia como función privativa suya, no se dedujo la existencia de condición alguna, lo que no puede considerarse como conclusión ilógica ni desorbitada que pugne con el sentido de las restantes cláusulas del documento en que se contiene, en el que se hacía una distribución de bienes consecuencia de partición hereditaria con los efectos jurídicos que se declaran en la normativa legal (artículos 647, 661 y 1.068 del Código Civil), propios de la división y adjudicación de la herencia; con lo que se privó de todo título legítimo para que los herederos que poseyesen bienes que no les fueron adjudicados continuasen en esa posesión sin cederlos a los adjudicatarios, bien a título de propiedad plena o de usufructo, como es el caso de la recurrida. Y para eludir estos efectos evidentes habría de haberse pactado una condición inequívoca que no plantease duda alguna en su interpretación, lo que no se hizo, como se advierte por el texto literal de lo convenido. c) Por consiguiente, ha de estimarse ajustada a derecho la estimación de la demanda que se hizo en la sentencia recurrida, en cuanto que el demandado, actual recurrente, al surtir efectos la partición de los bienes relictos de su fallecida madre, debe desalojar los bienes que pertenecen a otro heredero, sin que tenga apoyo legal alguno la continuación de esa posesión.

Con lo expuesto y razonado decaen los motivos segundo, tercero, sexto, séptimo y octavo del recurso, en los que se alegan, respectivamente, la infracción por aplicación indebida del artículo 7 del Código Civil y la violación por falta de aplicación del artículo 1.281, párrafo 1.º, y del 1.114 del mismo Cuerpo legal, puesto que, por un lado, la continuación por el recurrente en la posesión del piso que se le reclama carece de todo apoyo legal y, consiguientemente, constituye un abuso de derecho, como acertadamente ha considerado la sentencia impugnada, en cuanto que sobrepasa manifiestamente los límites normales de la posesión que del citado piso se le atribuyó por sus fallecidos padres, con daño evidente para tercero, como dice el artículo 7 del Código Civil, y, por otro lado, según ya se indica, la interpretación de la cláusula litigiosa por la Sala *a quo* no es caprichosa ni arbitraria, sino plenamente aceptable.

Los motivos cuarto y quinto alegan la infracción por falta de aplicación del artículo 1.565, número 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; motivos que han de ser desestimados porque parten de la existencia de una obligación condicional que se ha revelado inexistente, y de que el demandado recurrente, al haber satisfecho por gastos de testamentaría una cantidad en concepto de renta, ha de ser considerado como arrendatario del piso en cuestión. Además, el precepto invocado aquí como infringido es de naturaleza procesal, impropio para fundamentar un recurso de casación por infracción de Ley. La suma satisfecha por una sola vez, al mismo tiempo que otros herederos, por gastos de testamentaría no puede en modo alguno considerarse constitutiva de un arriendo propiamente dicho, que aun admitiendo su existencia fue, como se dice en el documento del folio 48, «por el tiempo que duró la citada testamentaría, dieciocho meses», hasta octubre de 1963, sin que después en ningún caso se haya vuelto a mencionar más el arrendamiento a pesar de los años transcurridos, ni se acredita como probado en autos; todo lo que alude el supuesto de considerar al recurrente como arrendatario de un piso que en todo momento, fuera de los gastos de testamentaría aludidos, ocupó a título gratuito, y se comprometió a desalojar, según las pruebas apreciadas por la Sala *a quo*, antes de finalizar el mes de julio de 1979.

TESTAMENTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. UNIDAD DE ACTO (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1987).

Por muy terminantes que sean las conclusiones de los peritos médicos, quienes no conocieron ni examinaron al testador, basando aquéllas en un conciso e incompleto historial clínico, no pueden por sí solas racionalmente constituir la prueba cumplida, convincente e inequívoca exigida para acreditar el error en el que incurrieron Notario y testigos instrumentales al afirmar la capacidad mental del testador.

La asceveración notarial respecto de la capacidad de testamentificación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario.

El requisito de la unidad viene referido, según reiterada doctrina de esta Sala, al momento del otorgamiento propiamente dicho y no quebranta ese principio que el Notario autorizante redacta el testamento según las instrucciones recibidas previamente del otorgante, siempre que después se proceda a su lectura en presencia del mismo y de los testigos instrumentales.

F. C. L.

LEGADO DE BIEN GANANCIAL. PRESUNCIONES (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la actora y apelada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de esa capital, conforme a las siguientes consideraciones, confirmando en su segunda sentencia a la del Juzgado en cuanto al carácter ganancial del bien objeto de la «litis»:

1. La cuestión litigiosa debatida en ambas instancias queda centrada en determinar si la casa sita en Traspinedo, calle Cotarro del Castillo, núm. 11, perteneció con carácter ganancial a la sociedad conyugal formada por los fallecidos esposos, doña D. V. P. y don A. Y. I., por haber sido construida a sus expensas vigente el matrimonio, tesis mantenida por la actora, o bien fue adquirida por don A. Y. I. en estado de viudo y, por tanto, de propiedad exclusiva de éste, como sostiene la demandada, pues en el primer supuesto sería válido y surtiría plenos efectos el legado que de la cuarta parte de dicho inmueble hizo doña D. V. P. en su testamento otorgado el 8 de septiembre de 1954 a favor de su sobrina, la hoy actora, como sostiene la sentencia del Juzgado, y en la segunda hipótesis carecería de efecto tal cláusula testamentaria al haber dispuesto de un bien ajeno ignorando que lo era y la casa pertenecería a la demandada, sobrina del esposo, a quien éste instituyó heredera universal de todos sus bienes en el testamento otorgado el día 16 de julio de 1977 (falleció el día 9 de septiembre del mismo año), como mantiene la sentencia de la Audiencia.

2. Dicha sentencia, aquí recurrida, afirma como probado «... que la casa fue edificada sobre una finca urbana, en término de Traspinedo, Valladolid, al pago del Cotarro del Castillo, que fue aportada el 7 de enero de 1967 por don F. B. G. y doña E. G. F., en la escritura de constitución de la Sociedad Mercantil Regular Colectiva «Belón y Compañía», a dicha Sociedad, a la cual prestó sus servicios durante muchos años don A. Y. I., en un secadero de achicoria existente en la aludida finca urbana, constante matrimonio de don A. Y. I. con doña D. V. P., con intervención personal de don A. Y. I. y de otras personas, sin que se haya demostrado lo fuese a expensas del matrimonio, y en todo caso, lo que resulta evidente es que el suelo sobre el que fue edificada pertenecía a «Belón y Compañía»; afirma, igualmente, «que tanto doña D. V. P. como su viudo don A. Y. I., en la creencia de que la casa que habitaban era de su propiedad, como lo acredita el haber dispuesto aquélla de la mitad de su parte, que estimaba ganancial, y de haber incluido éste en el inventario de bienes relictos de su referida esposa tal inmueble, otorgaron, respectivamente, el testamento de 8 de septiembre de 1959 y el acta de inventario de fecha 19 de abril de 1960...».

3. El segundo motivo, de examen preferente, amparado en el ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción, denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba con violación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, por entender que la sentencia recurrida infringe las normas valorativas de la prueba de presunciones contenidas en los indicados preceptos, debiendo tenerse en cuenta, a este respecto, que si bien es cierto que por regla general no se infringen tales artículos cuando el Juez no utiliza el medio indirecto de las presunciones, no lo es menos que, por excepción, cuando un hecho se tenga por completamente acreditado y de él se infiera, con la fuerza lógica que la Ley exige, la realidad de otro, si el Tribunal así no lo reconoce, cabe la denuncia de la infracción de tal precepto siempre que se trate de materia discutida en el período expositivo del juicio (Sentencias de 16 de marzo de 1966, 21 de octubre y 9 de diciembre de 1982 y 5 de junio de 1986, etc.). Sentada, pues, la posibilidad de atacar en casación la no aplicación por el Tribunal de Instancia de la prueba de presunciones, la cuestión planteada queda centrada en determinar si de los hechos que la sentencia declara probados y aplicando las reglas del criterio humano, debió llegarse por el juzgador a la consecuencia pretendida por el recurrente, cuestión que debe decidirse en sentido afirmativo, pues: *a)* si la esposa en un testamento otorgado el 8 de septiembre de 1959, unos meses antes de su muerte, dispone de la mitad de la casa por atribuirle carácter ganancial; *b)* si al fallecimiento de doña D. V. P., su viudo don A. Y. I., su hermano don V. V. P., su sobrina doña C. V. R., hoy actora y legataria de la cuarta parte de la casa, y don D. R., también interesado en la herencia, comparecieron ante el Notario de Tudela de Duero, en 19 de abril de 1960, para inventariar los bienes muebles e inmuebles de la causante, incluyéndose entre éstos la casa litigiosa, adquirida, según se hace constar, por construcción a sus expensas en el año 1944; *c)* si dicha casa la habitaron hasta su fallecimiento los cónyuges, sin que exista dato alguno respecto a que la ocupación lo fuera en concepto de arrendatarios, precaristas o por título distinto del de propietarios, y *d)* si aunque no aparece acreditado que la casa se construyera a expensas de los cónyuges, según afirma la sentencia recurrida, tampoco se declara probado que lo fuera

a costa de tercero, y además, en la referida manifestación de herencia de doña D. V. P., en la que intervino su viudo, se hizo constar su carácter ganancial; la conclusión lógica que de tales hechos básicos cabe deducir no es otra que la de afirmar que la casa litigiosa perteneció con el carácter de ganancial al referido matrimonio, y que el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de 22 de julio de 1964, en la que «Belón y Compañía» vende y don A. Y. I. compra la repetida casa, no tuvo otra finalidad que la de acomodar la titularidad formal a la titularidad real anteriormente existente, si bien realizada de modo irregular al no haber intervenido también los interesados en la herencia de doña D. V. P.

COMENTARIO.—El legado de bien ganancial estaba huérfano de regulación legal hasta la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que en su artículo 1.380 del Código Civil establece: «La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario, se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento».

Esta solución no coincide —lo que no deja de ser una lástima para quienes estimamos que deben aprovecharse todas las posibilidades en orden a la unificación de nuestro Derecho civil— con la mantenida por la Compilación de Navarra, cuya Ley 251 establece: «En el legado de bienes de conquista, cuando un cónyuge los legue a favor del otro, o ambos conjuntamente a favor de tercera persona, se entenderá que cada uno lega la mitad del objeto legado. Cuando uno de los cónyuges, separadamente, legue a tercera persona el objeto entero, será válido el legado en su totalidad; pero en cuanto a lo que en la liquidación de la sociedad de conquistas no fuere adjudicado a la herencia del causante, el efecto será meramente personal, como si fuere legado válido de cosa ajena».

Para explicar la naturaleza jurídica del legado de bien ganancial y sus efectos jurídicos, la doctrina mantuvo opiniones divergentes. Para unos, el legado de cosa ganancial debía tener siempre una eficacia plena y absoluta, con la obligación de entregar la cosa legada al legatario, sin que fuera posible adjudicarla al otro cónyuge. Para otros, dicho legado sólo tiene una eficacia relativa y limitada, bien equiparándolo en todo caso al legado de cosa ajena, bien equiparándolo a éste solo si su objeto no se adjudica a la herencia del testador, bien admitiendo únicamente su eficacia cuando esto suceda, bien considerándolo en cualquier supuesto como legado de cosa, en parte, propia del testador y, en parte, ajena, o bien, finalmente, considerando el legado de bien ganancial como legado ordenado por el testador con cargo a su participación en el patrimonio común, funcionando tal participación —y no la supuesta participación en el bien legado— como límite del legado. Esta última posición es la que parece haber inspirado la redacción del actual artículo 1.380 del Código Civil.

Queda por determinar el alcance meramente dispositivo o imperativo del precepto. A mi juicio, no cabe duda que tiene el primero, esto es, la norma actúa únicamente a falta de voluntad en contrario del testador, quien puede disponer que en todo caso el legado sea válido, como legado de cosa ajena, o bien que sólo sea eficaz cuando el bien legado o parte del mismo se adjudique a su herencia, sin que, por tanto, tenga lugar la sustitución del bien legado por su valor. Y ello por la razón fundamental de que las normas de Derecho sucesorio son dispositivas, salvo excepción expresa (v.gr.: legítimas, prohibición de sustituciones fideicomisarias más

allá de ciertos límites), como lógico corolario del principio *dicat testator et erit lex voluntas eius*.

F. C. L.

TESTAMENTO. INTERPRETACION. SUSTITUCION. DERECHO DE ACRECER. Artículos 675 y 774 del Código Civil (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1987).

Ha de primar siempre la voluntad del testador sobre lo estrictamente literal.

La sustitución es preferente al derecho de acrecer, salvo expresa voluntad contraria del testador.

Doña C. P. R. otorgó testamento notarial abierto en el que, entre otras, ordenó las siguientes cláusulas: A) En el supuesto de que al fallecimiento de la testadora viva su hermano político don F. N. G., le instituye heredero en usufructo vitalicio, y herederos nudo propietarios, por partes iguales, con derecho de acrecer y el de sustitución por sus descendientes, a sus sobrinos Francisco, Modesto y Mercedes. B) En el supuesto de que al fallecimiento de la testadora la hubiese premuerto su hermano político, instituye por sus únicos y universales herederos a sus tres sobrinos, mencionados en el apartado anterior.

Al fallecer la testadora la habían premuerto su sobrino Francisco y su hermano político don F. N. G., por este orden, siendo declarado heredero del primero, que murió intestado, su hijo único, llamado también Francisco, quien reclama a sus dos tíos, Modesto y Mercedes, una tercera parte de la herencia, como sustituto de su padre. A la demanda se oponen éstos por entender que en la segunda cláusula B) nada se dice de sustitución —a diferencia de lo que se expresa en la primera o A)— y, por tanto, nada pudo adquirir el sobrino de la testadora al premorir su padre a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia de La Roda estimó la demanda, declarando que la cláusula segunda o B) del testamento debe interpretarse en el sentido de que la testadora instituye herederos por partes iguales a sus tres sobrino Francisco, Modesto y Mercedes, con derecho de acrecer y sustitución por sus descendientes. Apelada la sentencia por los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete desestima el recurso y confirma íntegramente la sentencia del Juzgado.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados y apelantes, conforme a las siguientes consideraciones, en las que se advierte que de pasada hace referencia a los medios de prueba extrínsecos, entre ellos al parecer del Notario autorizante del testamento, para aducirlos en confirmación de la decisión mantenida.

1. El motivo primero que se aduce viene amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose la infracción, por aplicación indebida, del artículo 675 del Código Civil, en cuanto que, según la parte recurrente, se ha interpretado erróneamente

por la Sala de Instancia la cláusula II del testamento que otorgó doña C. P. R. el día 6 de abril de 1973 ante el Notario de Alcantarilla (Murcia); motivo destinado a perecer, pues, en principio, hay que hacer notar que es constante y reiterada la doctrina sentada por esta Sala de que ha de primar siempre la voluntad del testador sobre lo estrictamente literal, constituyendo un deber del intérprete indagar, inquiriéndola acuciosamente, y revelar la voluntad verdaderamente existente en el ánimo del causante en el momento en que efectuó el acto de disposición; pero esta actividad es un quehacer de la soberana incumbencia del Tribunal de Instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de los criterios racionales, y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso a la casación (Sentencias de esta Sala de 5 de junio de 1978, 8 de febrero de 1980, 8 de junio de 1982, 9 de marzo de 1984, etc.); criterios interpretativos racionales que han sido perfectamente aplicados en la sentencia recurrida, pues si en el apartado A) de la discutida cláusula testamentaria, la testadora instituye como heredero usufructuario a su hermano político don F. N. G., para el caso de sobrevivirle, «y como herederos nudos propietarios por partes iguales, con derecho de acrecer y el de sustitución por sus descendientes, a sus sobrinos Francisco, Modesto y Mercedes», es obligado entender que el contenido del apartado B) de dicha cláusula, pensado para el supuesto de la premo-riencia de su cuñado, la institución y el nombramiento «por sus únicos y universales herederos a sus tres sobrinos, nombrados en la cláusula o apartado anterior», tuvo que hacerlo la testadora con los mismos derechos de acrecer y de sustitución, pues la tergiversación manifiesta del texto se produciría si se llegara a la conclusión de que la voluntad de la testadora había cambiado radicalmente, según instituya a los sobrinos herederos nudo-propietarios o cuando, desaparecida la participación del cuñado, los instituye herederos en pleno dominio; cambio de sistema que no es posible mantener sin la existencia de alguna razón lógica, no advertida en los autos, que le sirva de fundamento, y cuyo razonamiento obliga a respetar la soberanía que al Tribunal de Instancia le corresponde en el proceso interpretativo, rechazando este motivo.

2. Al segundo motivo también lo ampara la parte en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, alegando infracción del artículo 1.281 del Código Civil, en relación con el artículo 1.283 del mismo Cuerpo legal, defecto formal en su formulación, que ya de por sí merece el pericimiento, pues son abundantes las declaraciones de esta Sala desestimando alegadas infracciones del artículo 1.281 del Código Civil, propuestas sin especificar cuál de los dos párrafos del mismo es el que se presume infringido, pues cada uno de ellos se refiere a cuestiones diversas; pero es que, a mayor abundamiento de razones desestimatorias, con este motivo se está insistiendo en valorar nuevamente el criterio interpretativo soberano de la Sala de Instancia, y se está desconociendo, en relación con el fondo de la cuestión, que dados los términos del artículo 675 del Código Civil, puede deducirse que el mismo se basa en un criterio subjetivo, que aspira esencialmente a descubrir la voluntad del testador, por lo que aun cuando la primera regla interpretativa del precepto sea la de la literalidad, puede acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, empleando unitariamente las normas de hermenéutica e incluso haciendo uso de los llamados medios extrínsecos o circunstancias

exteriores al testamento (Sentencias de 8 de julio de 1940, 26 de marzo de 1983, 29 de febrero de 1984, 9 de marzo de 1984, etc.), y precisamente, en el caso que nos ocupa, se ha podido constatar la opinión personal que se transmitió al Notario autorizante y la del Albacea testamentario, que abonan ambos el sentido interpretativo mantenido en la sentencia que se recurre.

3. Que el tercer y último motivo que se alega también viene amparado en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender la parte recurrente que se ha infringido negativamente el artículo 766 del Código Civil; alegación carente de base jurídica después de los razonamientos efectuados en los dos motivos anteriores, pues si se ha estimado la existencia de una institución de herederos, con las condicionantes del derecho de acrecer y del de sustitución en favor de sus descendientes, obligado es concluir que el citado artículo 766 del Código Civil no es de aplicación al caso que nos ocupa, por serlo el artículo 774 del mismo Cuerpo legal, y, en su consecuencia, rechazable también este motivo.

F. C. L.

TESTAMENTO. INTERPRETACION. SUSTITUCIONES VULGAR Y FIDEL-COMISARIA CONDICIONAL DE RESIDUO. Artículos 675 del Código Civil y 210, 1.º, de la Compilación de Cataluña (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que con revocación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Hospitalet de Llobregat, estimó la pretensión del heredero voluntario nombrado por el hijo en su testamento, quien, a su vez, había sido instituido por su padre en los términos que son objeto del pleito, de acuerdo con los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Habiéndose denunciado en este primer motivo del recurso la infracción del artículo 675, 1.º, del Código Civil, resulta conveniente dejar establecido, como premisa básica, las directrices jurisprudenciales de esta Sala, en orden a las reglas o normas que han de presidir la interpretación testamentaria, y partiendo del principio de que la actividad interpretativa en esta materia constituye un quehacer de la soberana incumbencia del Tribunal de Instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, hasta el extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos en los que no se excluye el acceso a la casación, debe añadirse, además, que la aplicación del artículo 675 del Código Civil ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a descubrir la voluntad del testador, por lo que aun cuando la primera regla del precepto sea la literalidad, puede acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar, en lo posi-

ble, las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (Sentencias de 4 de noviembre de 1961, 18 de diciembre de 1965, 5 de junio de 1978, 8 de febrero de 1980, 5 de abril de 1981, 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987, etcétera).

2. Fijado del modo precedente el aspecto puramente doctrinal, es obligado transcribir la discutida cláusula del testamento que otorgó el causante, don F. G. T., el 19 de agosto de 1915, en la que textualmente dispone: «De todos mis restantes bienes muebles e inmuebles, presentes y venideros, créditos, derechos y acciones que me pertenecen y pueden pertenecerme por cualquier título, causa o razón, nombro e instituyo heredero mío universal a mi citado hijo único J. G. C., quien no podrá disponer de la herencia libremente hasta haber cumplido la edad de veinticinco años, o antes si se casare y tuviere hijos, uno o más. Y para los casos de premorirme mi dicho hijo y heredero, o sobrevivirme y no ser tal heredero por no poder o por no querer serlo, y siéndolo, para el caso de morir antes de haber cumplido la edad de veinticinco años, o sin tener o haber tenido hijos legítimos y naturales uno o más, le sustituyo y herederos míos universales nombro e instituyo a mi hermano don C. G. T. y a mis sobrinos, hijos de mis hermanas fallecidas, sucediendo éstos por derecho de representación de sus respectivas madres»; cláusula en la que claramente se perfilan dos partes perfectamente diferenciadas: la primera contiene una institución de heredero a favor del hijo del causante, seguida de una prohibición temporal de disponer: «quien no podrá disponer de la herencia libremente hasta haber cumplido la edad de veinticinco años, o antes si se casare y tuviere hijos», disposición cuya interpretación no ha ofrecido duda alguna, salvo el alcance que deba darse a la expresión «disponer libremente», cuyo sentido será analizado más adelante; en la segunda parte de la cláusula se ordenan una serie de sustituciones: A) Una primera sustitución vulgar en favor de las mismas personas a las que después se referirá, para los casos de premoriencia del heredero o para los supuestos de que no llegue a serlo: «y para los casos de premorirme mi dicho hijo y heredero, o sobrevivirme y no ser tal heredero, por no poder o no querer serlo . . . le sustituyo y herederos míos universales nombro e instituyo..., etc.». B) Una segunda sustitución fideicomisaria de carácter condicional, instituida para después de la muerte del heredero fiduciario y sujeta a las dos condiciones alternativas siguientes: «para el caso de morir (el heredero) antes de haber cumplido la edad de veinticinco años, o sin tener o haber tenido hijos legítimos o naturales, uno o más, le sustituyo, y herederos míos universales nombro e instituyo. . ., etc.»; y necesariamente hay que entender que existen dos condiciones distintas, separadas por la particular disyuntiva «o», y referidas a dos supuestos dispares, con la circunstancia de que la concurrencia de cada uno de estos supuestos por separado dará lugar al nacimiento de la sustitución fideicomisaria: o que muera el heredero antes de los veinticinco años o que aun muriendo después no tenga descendencia.

3. Para la necesaria y obligada armonización de las dos partes que contiene la cláusula testamentaria estudiada hay que entender que el testamento constituye una unidad, donde está plasmada la voluntad del testador, y que sus distintas disposiciones es necesario interpretarlas in-

tegrándolas armónicamente, de modo que pueda extraerse la verdadera y completa voluntad del disponente, en el sentido de evitar la aparente contradicción que pudiera presentarse entre las distintas manifestaciones de voluntad, y de este modo, la facultad otorgada al heredero en la primera parte de la cláusula, de disponer libremente de la herencia «al haber cumplido la edad de veinticinco años o antes si se casare y tuviere hijos», hay que interpretarla poniéndola en relación con la sustitución fideicomisaria que se dispone en la segunda parte de la cláusula, y entender que el testador sólo le autorizaba a disponer libremente por actos *inter vivos*, pues extendiéndose la autorización a la disponibilidad *mortis causa*, se produciría la contradicción insalvable de admitir que el testador ordenaba una sustitución fideicomisaria en favor de terceras personas para el caso de morir el heredero sin tener descendencia, cualquiera que fuere su edad, y al mismo tiempo autorizaba al fiduciario a disponer por testamento de los bienes hereditarios a partir de los veinticinco años; por ello hay que reconocer que necesariamente nos encontramos frente a un fideicomiso de la clase de los de residuo, definido y regulado en el artículo 210, 1.º, de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, coincidente con la legislación anterior, y por virtud del cual el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional para después de su muerte, facultándole, no obstante, para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos *inter vivos*, con la obligación de hacer tránsito al fideicomisario de los que no hubiere dispuesto; no pudiendo entenderse que existió una sustitución preventiva de residuo, regulada en el artículo 210, 2.º, antes citado, pues para ello hubiera sido precisa la autorización expresa del testador para disponer por actos *mortis causa*, supuesto que no concurre en el presente caso.

4. La distinta interpretación que se realiza en la sentencia recurrida viola el contenido del artículo 675, 1.º, del Código Civil, pues además de prescindir de la literalidad de la disposición testamentaria, tergiversa su texto, y acumulando las distintas partes existentes en la cláusula, modifica el sentido lógico de la voluntad del testador. El Tribunal de Instancia entiende, en su considerando 3.º, B), que «la sustitución fideicomisaria tendría lugar si se cumpliera alguna de las dos condiciones impuestas. : A) si su hijo, sobreviviéndole y llegando a ser heredero, moría antes de los veinticinco años de edad, y B) si su hijo, sobreviviéndole y llegando a ser heredero, moría sin tener o haber tenido hijos legítimos o materiales *antes de los veinticinco años de edad*», colofón añadido a la segunda condición, que, como vimos, no figura en el testamento y modifica esencialmente su contenido; se llega a esta interpretación acumulando la disposición prohibitiva de la primera parte de la cláusula con esta segunda condición impuesta para el nacimiento del fideicomiso, cuando realmente se trata de dos cuestiones distintas, separadas ortográficamente por un punto y dirigidas a distintas finalidades. Al haber quedado, por otra parte, modificada fundamentalmente la segunda condición impuesta para que nazca la sustitución fideicomisaria: que el hijo muera sin descendencia, sin límite de edad alguno, el Tribunal *a quo* no se vio compelido, en función armonizadora *favor testamenti*, a circunscribir la facultad dispositiva del heredero, contenida en la primera parte de la cláusula, sólo a los actos *inter vivos*, y por ello entendió que no existía, ni tenía razón de ser, la figura del fideicomiso de residuo; institución obligada en

este caso y de cuya existencia no se puede prescindir si se quiere cumplir la total voluntad del testador; criterio seguido por la doctrina de esta Sala, recogiendo lo que también tiene sentado, dentro de su área de enseñanza y aplicabilidad, la Dirección General de los Registros para casos análogos al presente (Sentencias de 14 de noviembre de 1944, 7 de enero de 1959 y 25 de mayo de 1971). Por todo lo expuesto resulta patente, como al principio se dijo: la denunciada infracción del artículo 675, 1.º, del Código Civil, contradicha la voluntad del testador, por errónea interpretación de su testamento, y, en consecuencia, casable y nula la sentencia recurrida; y dada la admisión de este primer motivo del recurso, no es necesario el estudio del propuesto en segundo lugar, debiendo confirmarse la sentencia de Primera Instancia, perfectamente concordante con la doctrina que aquí se ha expuesto, sin hacer, por otra parte, expresa imposición de las costas causadas en este recurso, ni en el de apelación, no procediendo tampoco declaración alguna sobre el depósito, reglamentariamente no constituido.

La sentencia del Juzgado, que confirma el más Alto Tribunal, contiene, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

Que estimando la demanda, debo declarar y declaro: 1.º Que el difunto don F. G. T., en su testamento de 19 de agosto de 1915, instituyó heredero a su único hijo don J. G. C., ordenando asimismo: a) una sustitución fideicomisaria condicional de residuo a favor de don C. G. T. y de sus sobrinos, hijos de sus hermanas fallecidas, sucediendo éstos por derecho de representación de sus respectivas madres, para el caso de que su hijo, don J. G. C., llegara a ser heredero y falleciera antes de cumplir los veinticinco años o sin tener o haber tenido hijos legítimos y naturales uno o más, y b) un gravamen para su nombrado hijo, consistente en una prohibición de disponer de la herencia antes de cumplir los veinticinco años, que quedaba sin efecto si antes de dicha edad se casaba y tenía uno o más hijos. 2.º Que don J. G. C. adquirió la herencia fideicomitida con el gravamen de que cumplida la condición impuesta por el testador, consistente en el fallecimiento del fiduciario antes de cumplir los veinticinco años o sin tener o haber tenido hijos legítimos y naturales, uno o más, haría tránsito a los fideicomisarios la parte de herencia que el fiduciario no hubiera dispuesto por actos *inter vivos*. 3.º Que al fallecimiento del heredero fiduciario, don J. G. C., en 26 de agosto de 1979, sin descendencia, quedó cumplida la condición impuesta por el testador, su padre, para que los bienes fideicomitidos hicieran tránsito a los herederos fideicomisarios designados en su testamento. 4.º Que de los herederos fideicomisarios designados por don F. G. T. en testamento, la única que sobrevivió al heredero fiduciario, don J. G. C., fue doña M. G. G., madre de las hoy demandantes, que fallecida el 14 de mayo de 1980, purificó en su persona la delación fideicomisaria ordenada por el causante.

COMENTARIO.—En síntesis, de esta sentencia resulta:

1.º En principio, la interpretación del testamento es atribución soberana del Tribunal de Instancia, conforme a criterios racionales.

2.º El criterio que ha de presidirla es subjetivista, dirigido a descubrir la voluntad del testador.

3.º Por ello ha de tenerse en cuenta el conjunto del documento testamentario (interpretación sistemática).

4.º Es posible hacer uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, entre los cuales se encuentra el juicio del Notario autorizante del testamento.

5.º El término «libremente» empleado respecto a la facultad de disposición por el fiduciario condicional sólo autoriza la disposición por actos entre vivos, ya que para disponer *mortis causa* habrían de concederse expresamente. Precisamente ésta es la diferencia existente en la Compilación catalana entre la sustitución fideicomisaria condicional tipo *sine liberis* o análoga y la sustitución preventiva de residuo. En esta última, el fiduciario está facultado para disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, no así en la primera.

F. C. L.

**TESTAMENTO DE HERMANDAD EN NAVARRA. INTERPRETACION.
NULIDAD (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1987).**

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Barcala Trillo Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de Pamplona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Tudela, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente los hechos motivadores del pleito.

1. Habiéndose otorgado por los cónyuges don I. G. G. y doña T. S. S., vecinos de Fontellas (Navarra), en 2 de abril de 1963, y ante el señor Notario de Tudela, testamento abierto de hermandad, y fallecida la esposa el 13 de septiembre de 1976, las hijas del referido matrimonio, doña M. y doña C., por medio de escrito presentado en el Juzgado de Primera Instancia de Tudela en 6 de noviembre de 1978, interpusieron demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra su padre y su hermano don E., hijo asimismo del matrimonio, en solicitud que se declarase inexistente o nulo de pleno Derecho el testamento antes mencionado y la nulidad de las donaciones que pudieran haberse realizado a favor del hijo durante la enfermedad de la madre, cuya demanda fue desestimada por Sentencia de 17 de diciembre de 1984, siendo confirmada dicha resolución por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Pamplona el 30 de octubre de 1985, y contra esta segunda sentencia se interpone el presente recurso de casación por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a través de siete motivos formulados al amparo de sus ordinales 3.º, 4.º y 5.º

3. Los motivos segundo y tercero, por vía del ordinal 4.º del repetido artículo 1.692, invocan error en la apreciación de la prueba y citan como documentos demostrativos de la equivocación del juzgador los testamentos aportados y obrantes a los folios 7 y 63, es decir, el de hermandad de 2 de abril de 1963 y el otorgado por el cónyuge viudo en 21 de diciembre de 1977. Para el motivo segundo, el error en que incurrió la sentencia impugnada consistió en decir: «que se institúan aquéllos recíprocamente

herederos en todos sus bienes y establecían los correspondientes legados en favor de sus hijos para el caso de fallecimiento del último de ellos, quedando como sucesor de todos los bienes inmuebles el hijo» (segundo fundamento de Derecho), cuando del testamento al folio 7 resulta totalmente distinto, pues así se transcribe en el motivo: «los testadores se instituyen herederos usufructuarios vitalicios, a sus hijos les legan determinados bienes y en el remanente de todo lo demás instituyen y nombran por sus únicos universales herederos a sus tres mencionados hijos, E., C. y M. G. S.». Aunque el Tribunal *a quo* hubiera incidido en desacierto en el relato de las disposiciones testamentarias, tal cosa carecería de relevancia, ya que la impugnación al testamento no fue en razón al contenido de aquéllas, sino al hecho mismo del otorgamiento del testamento, por entender que la esposa no se encontraba en su «cabal juicio», y, por tanto, la narración fáctica del testamento que se hace en la sentencia no tuvo influencia alguna en su motivación jurídica. Pero es que, además, tal exposición no quiebra la significación del contenido de las cláusulas testamentarias, y así se ve que en la cuarta, los testadores se instituyen mutuamente herederos usufructuarios vitalicios, y en la quinta a la octava, después de establecer determinados legados para sus tres hijos, legan al hijo E. la casa en que habitan con él, con su corral, todas las demás fincas rústicas o urbanas que pertenezcan a los testadores en la jurisdicción de Fontellas y todas las demás fincas rústicas o urbanas que se comprendan en el remanente de su herencia, legado este último que se grava con la obligación de entregar a sus hermanas las cantidades dinerarias que se indican, y de aquí la imposibilidad de calificarse de erróneo el comentario de la sentencia, concerniente a que el hijo fue el sucesor de todos los bienes inmuebles, sin que, desde luego, pueda quedar desmentido por el dato de que en la cláusula undécima se consigne que «en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, instituyen y nombran por sus únicos universales herederos a sus tres mencionados hijos».

4. El motivo tercero centra el error de la sentencia en la calificación de «condicional» para el testamento de 1977, el obrante al folio 63, con lo que se está refiriendo al apartado f) de su tercer fundamento, en concreto, al señalar: «por último, no ofrece dificultad, por otro lado, el otorgamiento del nuevo testamento por el cónyuge superviviente, éste claramente favorable para el hijo, pues el mismo es condicional, sólo para el caso de que el de hermandad fuera declarado nulo». Aquí cabría repetir lo antedicho, que la equivocación, de existir, sería de absoluta irrelevancia, pues la litis se constrañó a la validez o nulidad del testamento anterior, el de hermandad, y añadir que el vocablo «condicional» se ajusta ciertamente a la intención expresada por el testador en la cláusula cuarta: «que ante la maniobra por parte de sus hijas C. y M., según se deduce, del acto de conciliación para el que fue citado en Fontellas el 15 de abril de 1977, de anular el testamento de hermandad..., y previendo el supuesto error que se pueda producir si se declara la nulidad del testamento antedicho, por el presente...». Por consiguiente, tampoco es posible, en este caso, imputar error a la Sala sentenciadora, lo cual determina el perecimiento de los motivos acabados de examinar.

5. El cuarto motivo, por igual vía que los dos precedentes, alega asimismo error en la apreciación de la prueba, con base en los documentos siguientes: escrito presentado por la contraparte el 25 de enero de 1983,

certificaciones de la inscripción de defunción y del acto de últimas voluntades de don I. G. G. y testamento del mismo de 21 de diciembre de 1977 (folios 61 a 64), por más que el error pretende deducirse de los precitados escrito y testamento, los que, a juicio del recurrente, invalidan la afirmación contenida en el apartado 3.º del penúltimo considerando de la sentencia del Juzgado, aceptado por la Audiencia, y referida a: «No haber sido reconocido, ni expresa ni tácitamente, por la parte demandada la incapacidad de la testadora en el momento de hacer testamento». Frente a esta afirmación, se arguye que al suplicarse en el escrito se tenga a don E. G. S. como sucesor del padre fallecido, a todos los efectos, y que al admitirse en el testamento la posibilidad de que fuese declarado nulo el anterior de hermandad, se está admitiendo en uno y otro documento, tácitamente, al menos, la incapacidad de la esposa cuando otorgó ese anterior; pero al respecto ha de tenerse en cuenta la doctrina mantenida por esta Sala en los supuestos de error amparados en el ordinal 4.º, concerniente a que: «el documento ha de ser contundente e indubitado *per se*, sin necesidad de interpretación», viniendo corroborada en las Sentencias de 16 de abril de 1958, 13 de octubre de 1966, 21 de diciembre de 1981, 4 de noviembre de 1982, 14 de junio de 1983, 5 de diciembre de 1984, 3 de marzo de 1986 y 31 de marzo de 1987, y expresivas de que: «es preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí mismos, y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencian cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida». Pues bien, el texto de los documentos en cuestión no confirma de ningún modo, explícita e implícitamente, la tesis del recurrente, ya que el escrito de 25 de enero, al margen de su conveniencia o inutilidad procesal, sólo pretendió dar cuenta del fallecimiento del señor G. G., aportar su último testamento, tener al hijo como sucesor del mismo y alzar la suspensión del procedimiento, de cuyas finalidades no se desprende el reconocimiento, ni siquiera de manera indirecta, de que fuera nulo el testamento, y cuando en el escrito se alude a la condición de sucesor del padre, del conjunto de su redacción se comprende que se está refiriendo al aspecto y ámbito procesal; y por lo que respecta al segundo, aparece bien claro su propósito: sustituir al de hermandad «para el supuesto error que se pueda producir si se declara su nulidad», cosa bien distinta a que se le considerase nulo, y es más, de manera categórica se afirma en su cláusula cuarta que la testadora —se está refiriendo a la esposa del otorgante— gozaba de plena capacidad, por todo lo cual resulta inviable el motivo.

6. El motivo quinto se ampara en el ordinal 5.º del reiterado artículo 1.692, en relación con el 675 del Código Civil, por defectuosa interpretación del testamento de 21 de diciembre de 1977, en razón a que la sentencia recurrida le considera condicional, «sólo para el caso de que el de hermandad fuera declarado nulo». La denunciada calificación se encuentra en el apartado *f*) del tercer fundamento de la sentencia, sobre el que ya se trató en el cuarto de la presente, al examinar el tercer motivo del recurso, y al comparar éste con el actual quinto, es evidente que uno y otro quedan subsumidos entre sí, de tal forma que cuanto se dijo en punto a desestimar el precedente, es aplicable ahora para comprender la inexistencia de infracción del artículo 675 del Ordenamiento civil, lo que produce, sin necesidad de mayores razonamientos, la repulsa del motivo; repulsa ésta que arrastra, a su vez, la del séptimo, articulado por el mismo

ordinal, y que alega infracción de los criterios jurisprudenciales acerca de la doctrina de los actos propios, al entender el recurrente que son conductas contradictorias e incompatibles la del padre y la del hijo: la del primero, por otorgar un nuevo testamento y oponerse a la demanda de nulidad del anterior, y la del segundo, por comparecer en las actuaciones proclamándose sucesor de su padre a virtud del segundo testamento y mantener la validez del de hermandad, pero la argumentación viene desprovista de base atendible desde el momento en que el segundo testamento, como ya se indicó, fue «condicional» en intención del testador.

F. C. L.

ADOPCION SIMPLE. INSTITUCION DE USUFRUCTO. PRETERICION.
Ley 4/1970, de 4 de julio. Artículos 180; 814, número 1.º, y 842 del Código Civil (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1987).

El adoptado bajo forma simple, al amparo de la Ley 4/1970, de 4 de julio, reclama la nulidad de la disposición testamentaria por la que su padre adoptivo, en testamento otorgado antes de la adopción, instituía herederos en usufructo universal vitalicio a sus hermanos, basado en que su preterición debía anular tal institución de herederos. Así lo entendió el Juzgado de Primera Instancia de Huelva número 3, anulando tal institución de herederos en usufructo universal, pero la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla revocó la sentencia del Juzgado, absolviendo a los demandados.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandante y apelado, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Aplicable al caso la normativa anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 por haber tenido lugar el fallecimiento del causante antes de su entrada en vigor, todo el problema litigioso queda centrado en determinar, a la luz de tal regulación, cuál sea el sentido y alcance que deba darse a la cláusula testamentaria por la que «en la totalidad de todos sus bienes, derechos y acciones instituye y nombra por sus herederos, en usufructo vitalicio .., a sus tres hermanos don B., doña R. y don J. V. G., y en nuda propiedad, consolidable con el usufructo a la muerte de los herederos de este derecho, a su esposa. .», y más concretamente, si estamos en presencia de una institución a título universal o ante un legado, pues si se entiende que la cláusula contiene una disposición a título de heredero, como sostiene el único motivo del recurso con apoyo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y en el que se denuncia la infracción del artículo 814, número 1.º, en relación con los artículos 180 y 842, todos ellos del Código Civil, procedería estimar el recurso y anular tal institución, y si se mantiene la tesis que se defiende en la sentencia recurrida, que afirma que estamos ante una disposición a título singular o legado, entonces deberá rechazarse la impugnación, pues de acuerdo con el citado artículo 814, 1.º, la preterición del hijo adoptivo con adopción simple, que en la normativa vigente al tiempo de abrirse la sucesión tenía los dere-

chos legitimarios del hijo natural reconocido, es decir, la cualidad de heredero forzoso, aunque anulaba la institución de herederos, declaraba válidas, no obstante, las mandas y legados en cuanto no fueren inoficiosas.

2. En el presente caso sí, como dice acertadamente la sentencia recurrida, existen sustanciales diferencias entre el sucesor, como usufructuario universal, y el heredero, en cuanto la herencia implica una adquisición traslativa de dominio, en tanto que el usufructo, aunque también adquisitivo, es constitutivo de un derecho real en cosa ajena, en cuanto el usufructuario, a diferencia del heredero, no entra directamente en la posesión y disfrute de los bienes hereditarios, sino que ha de recibirla del heredero o albacea y en cuanto el heredero responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia y con los suyos propios, salvo beneficio de inventario, mientras que el usufructuario no soporta tal responsabilidad, salvo casos excepcionales (arts. 506, 508 y 891 del Código Civil), y si además no se olvida que es el nudo propietario el sucesor en la universalidad de las relaciones jurídicas activas y pasivas de la herencia, no siendo el usufructuario, aunque lo sea universal, más que un sucesor en los bienes, es decir, en la parte activa del patrimonio, es manifiesto que procede rechazar el motivo, y con él, el recurso, todo ello sin perjuicio, claro es, de reducir el legado en cuanto resulte inoficioso, y sin perjuicio de abrir la sucesión legítima en la parte que resulte vacante por haber premuerto la esposa, que estaba nombrada heredera en la nuda propiedad (art. 912, 3.º).

F. C. L.

COMENTARIO.—Parece demasiado fuerte la declaración de que, en todo caso, la disposición testamentaria en usufructo constituye un legado, es decir, es una disposición a título singular. Frente a las razones puramente teóricas y de carácter dogmático, propias de una jurisprudencia conceptual ya criticada por IHERING, se alzan otro tipo de consideraciones más acordes con la vida real, a cuyo servicio debe estar el Derecho como norma y no viceversa. Basta, en efecto, atender a la voluntad del testador, sobre todo teniendo en cuenta el carácter eminentemente subjetivo y voluntarista de la interpretación testamentaria, puesta de relieve por la propia jurisprudencia al interpretar el artículo 675 del Código Civil, de suerte que si está clara la voluntad del testador de que el instituido en usufructo —sea universal o no, y con mayor motivo si lo es— sea heredero, deberá ser considerado como tal, con las consecuencias que ello comporta, pues ha de tenerse en cuenta que prevalece el *nomen heredis* sobre la *asignatio*. Ya ROCA SASTRE reconocía que «el usufructo testamentario puede ser dejado a título de institución hereditaria o de simple legado» (*Estudios ...*, t. II, pág. 161) e incluso hay quien, como MARTÍ MIRALLES, llega a más estimando que el usufructuario universal es también heredero en concurrencia con los otros nombrados y no sólo a falta de los mismos. Y el genial CICU demostró cumplidamente, a mi juicio, que nada se opone a que el usufructuario de cuota o de toda la herencia sea un verdadero heredero.

F. C. L.

SUCESION EN FARMACIA. DONACION SIMULADA. DOCUMENTO PRIVADO. NULIDAD. Artículo 6, número 3.º, del Código Civil. Real Decreto 909/1978, de 14 de abril (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1987).

El artículo 6, número 3.º, del Código Civil formula un principio general, que debe ser interpretado con un criterio flexible.

No toda disconformidad con una Ley lleva consigo la sanción extrema de nulidad.

Tampoco es preciso para la validez de los actos contrarios a la Ley, que tal validez sea dispuesta de modo textual en la Ley misma.

El Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, es una norma puramente administrativa, sin posible incidencia en el Derecho patrimonial.

De la ordenada exposición que se hace en los fundamentos de Derecho de esta sentencia, de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, se desprenden claramente los hechos que han motivado el litigio.

1. Los hechos relevantes son los siguientes: A) A. S. C. falleció en el año 1969 bajo testamento otorgado el 19 de enero de 1950, en el cual nombra e instituye heredera en pleno dominio a su cónyuge (demandante y recurrida M. R. M., reconociendo la legítima que corresponda en su sucesión a los hijos «de hoy en adelante nacedores». B) Al fallecer siendo el 23 de marzo de 1969, le sobrevivieron la expresada consorte M. R. M. y tres hijos habidos con la misma, a saber, Antonia, Juan y María S. R. (los tres, demandados en el juicio de origen, y la primera, recurrente en casación). C) Los bienes dejados por el causante fueron manifestados y adjudicados en escrituras públicas de 24 y 25 de junio de 1969 en proporción de dos terceras partes a la viuda y una novena parte a cada uno de sus hijos. D) El causante era titular y dueño de la farmacia abierta en el número ... de la plaza ... de P., siendo con mucho la dicha farmacia el bien principal entre los dejados. E) Con la finalidad de eludir las disposiciones de la normativa farmacéutica, en cuanto la misma obliga a ceder el establecimiento a personas provistas del título de farmacéutico, se otorgó escritura pública de 18 de noviembre de 1970 por la viuda, actuando la misma por sí y en representación de Antonia y de María, simulando la donación *inter vivos* (con prohibición de disponer durante la vida de la donante) en favor de las hijas, por mitades indivisas, de toda la botería, anaquelaría, específicos, útiles y demás instrumentos propios de la farmacia, «así como de cualesquiera derechos sobre la misma». F) No obstándola la donación, la viuda, que había venido explotando la farmacia desde el fallecimiento de su marido en 1969 a la fecha de la donación, 18 de noviembre de 1970, sirviéndose al efecto de un regente farmacéutico, continuó en ella. G) Habiendo obtenido Antonia el título de Licenciada en Farmacia en el año 1979, el 8 de junio de dicho año «se puso dicha botica o farmacia a nombre de la hija del difunto farmacéutico», la Licenciada Antonia. H) Previamente se había suscrito, siendo el 1 de abril del mismo año 1979, el documento privado, por la madre y las dos hijas, en el cual documento, después de recogerse los antecedentes precisos, se pacta: primero, «que consideran nula y sin valor alguno la escritura de donación otorgada con fecha 18 de noviembre de 1970»; segundo, que aun cuando pase a figurar «administrativamente como propiedad única» de Antonia, «seguirá perteneciendo realmente a los comparecientes en la proporción que dictaminó el último testamento válido» de su causante, a saber, seis

novenas partes indivisas a la viuda y sendas novenas partes a cada uno de sus tres hijos; tercero, que «es deseo de los comparecientes que sobre la escritura de donación antes mencionada y sobre la situación administrativa de la oficina de farmacia prevalezca lo convenido en este documento»; cuarto, que en el caso de venderse la farmacia, el producto de la venta se reparta en la indicada proporción, y quinto, «que en tanto la oficina de farmacia no se venda, se explotará al 50 por 100 de gastos y beneficios entre la viuda y Antonia», siendo esta última quien deberá decidir, en su caso, sobre la conveniencia de vender. I) Este pacto sobre beneficios se cumplió por Antonia hasta el año 1982. J) La demanda origen del juicio de que el presente recurso dimana se interpuso por la viuda contra sus hijos. Juan, declarado incapaz, litiga representado por María, designada defensor judicial del mismo. Las pretensiones deducidas son se declare que la farmacia forma parte de la herencia, pertenece a los litigantes en la indicada proporción de seis novenas partes a la actora y sendas novenas partes a cada uno de sus hijos, que es indivisible y que debe procederse a su venta en pública subasta, repartiéndose el producto en la indicada proporción. La demandada Antonia (se pide también) «debe presentar la liquidación de los ingresos y gastos habidos como resultado de la explotación», «a contar desde el 24 de septiembre de 1982, abonando a la actora el 50 por 100 de beneficio que resulte incrementado con el interés legal de la misma, a contar desde la fecha de presentación de esta demanda». K) La Sentencia del Juzgado (21 de diciembre de 1984) estima íntegramente la demanda e impone las costas de la Primera Instancia a Antonia. La de la Audiencia (30 de septiembre de 1985), únicamente recurrida en casación por la demandada, estima en parte el recurso de ésta y declara que la misma debe presentar la liquidación y abonar el 50 por 100 del beneficio con el interés legal, a contar de la presentación de la demanda, y que la farmacia es indivisible; pero absuelve de todo lo demás pedido en la demanda, sin hacer especial imposición de las cosas en ninguna de las dos instancias.

2. El recurso de casación articula tres motivos, todos ellos al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, el tercero deja invocado el artículo 359 de dicha Ley reputándolo infringido por la sentencia en cuanto la misma incide en incongruencia, significada en que «siendo la causa de pedir de la pretensión contenida en el apartado E) del suplico de la demanda» la «pretendida copropiedad sobre la farmacia, la sentencia no puede arbitrariamente alterarla o ignorarla». La sustancia de este motivo es que la sentencia desestima la pretensión de que se declare la copropiedad de la farmacia por ser ello «contrario a lo preceptuado, con carácter imperativo, por el Real Decreto de 14 de abril de 1969 (*sic*), que regula el establecimiento, transmisión e integración de las oficinas de farmacia» (fundamento sexto), disposición general que produce «la nulidad absoluta» de los tres primeros pactos del documento de 1 de abril de 1979. Sin embargo, de esa desestimación (argumenta el motivo) se «condena a la recurrente a una liquidación de cuentas y distribución de beneficios del negocio, por una causa de pedir en cualquier caso diferente de la formulada por la demandante». Este motivo debe ser examinado prioritariamente, pues, por venir fundado en el citado artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su eventual estimación conduciría al pronunciamiento previsto en el número 2.º del artículo 1.715, esto es, a mandar reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta.

3. Atendido el contenido de este motivo, que, según acaba de comprobarse, impugna la regularidad de la sentencia, debió proponerse por el cauce del número 3.º del artículo 1.692 citado, que es el pertinente al «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales», y no, como se ha hecho, al amparo del número 5.º, por «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate»; pero si bien se mira, lo que propiamente se alega es la imposibilidad de que excluida la copropiedad de la farmacia, no obstante ello se condene a la demandada a la liquidación de cuentas y distribución del beneficio conforme al pacto quinto, en relación con el cuarto, de los de 1 de abril de 1979, pactos éstos que la sentencia (fundamento séptimo, al final) entiende «no son contrarios a ninguna disposición de carácter imperativo», por lo cual los reputa «válidos y eficaces». Con tal alegación lo que se denuncia ante esta Sala no es la incongruencia de la sentencia desde el punto de vista formal del proceso, al que pertenece verificar si lo resuelto en el fallo se corresponde con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ni siquiera un cambio irregular de la causa de pedir del actor por otra introducida por el juzgador con inasequible mengua de las posibilidades defensivas del demandado al haberse hurtado a la contradicción, sino que propiamente se arguye la falta de fundamento de la condena a liquidar y partir cuando al propio tiempo se descarta la copropiedad de la farmacia, cuyo dominio se atribuye a la demandada. No es éste, por lo que se verá a continuación, tema distinguible del que constituye el fondo del juicio, sino ese mismo nuevamente propuesto desde otro ángulo.

4. El enjuiciamiento de los dos primeros motivos, que, según se deja razonado, comportan también el del motivo tercero, habida cuenta de la alegación que éste verdaderamente ofrece, debe realizarse efectuando previamente una apreciación medial sobre la validez en su totalidad de lo pactado en 1 de abril de 1979. Esta Sala, al enfrentarse con el texto del número 3.º del artículo 6, con antecedente en el párrafo 1.º del artículo 4 antiguo del Código Civil, ha reconocido su importancia, proclamando (Sentencia de 1 de marzo de 1934) que constituye un auxilio del derecho para remediar las faltas fundamentales o graves cometidas en actos jurídicos o procesales (para éstos, véase ahora el régimen de los arts. 238 a 243 de la Ley del Poder Judicial); pero al mismo tiempo de ese reconocimiento se ha visto compelida a delimitar su preciso alcance estableciendo (Sentencias de 19 de octubre de 1944 y 28 de enero de 1958) que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad (Sentencias, entre otras, de 18 de octubre de 1963, 22 de marzo de 1965, 1 de febrero y 8 de marzo de 1966, 19 de enero de 1967, 31 de mayo de 1968, 14 de diciembre de 1971, 30 de junio de 1978 y 8 de junio de 1969), que hace deba ser interpretado no con criterio rígido, sino con criterio flexible, por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso para la validez de los actos contrarios a la Ley que tal validez sea dispuesta de modo textual en la Ley misma. El precepto (Sentencias de 27 de febrero de 1964 y 28 de julio de 1986) no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la Ley en tres distintos grupos: Primero. Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto es-

pecífico y terminante de la Ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio. Segundo. Actos contrarios a la Ley, en que la Ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos *contra legem*. Tercero. Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, y sancionándolo con la nulidad si median trascendentales razones que patenten al acto como gravemente contrario al respeto debido a la Ley, la moral o el orden público, encontrándose inficionado de lo que el Código llama «causa torpe». Esta doctrina se completa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la Ley y siempre que conste, además, que se habría concertado aun sin la parte nula (Sentencias de 10 de octubre de 1967 y las que en ello se citan, y últimamente, de 4 de diciembre de 1986).

5. La aplicación de la recordada doctrina, que procede reiterar, al caso justiciable que el recurso trae a la consideración de la Sala, no puede menos que conducir a la desestimación del mismo, ya que el precepto determinante de la nulidad declarada de los pactos primero a tercero, que se quiere extender a los cuarto y quinto, y, por tanto, a la totalidad de lo convenido en 1 de abril de 1979, resulta ser el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril; por tanto, una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacias. Aparte su rango de Real Decreto (no de Real Decreto-ley, que actualmente contempla el art. 86 de la Constitución), con toda probabilidad no era ésa la disposición general llamada a regular el caso, incluso en el orden puramente administrativo, y la que habría resultado contrariada, ya que el fallecimiento del farmacéutico causante de los actores ocurrió en el año 1969, bajo la vigencia del Decreto de 31 de mayo de 1957, que sustituyó al de 24 de enero de 1941. Disponía el vigente al tiempo del óbito que «las (farmacias) que se adquieren por herencia de los farmacéuticos que, siendo sus propietarios, ejercían en ellas su profesión», no tendrán la consideración de «nuevas farmacias» y «el nuevo dueño podrá continuar al frente de la misma si reuñere los títulos necesarios, o bien enajenarla», y «si careciere de tales títulos vendrá obligado a su enajenación o bien a su cierre, en el plazo previsto en la Orden ministerial de 29 de mayo de 1944». Por tanto, parece que ni siquiera la normativa administrativa produce el efecto pretendido por la demandada de quedar dueña del establecimiento que constituía la mejor parte de la herencia causada por su padre, y antes bien, admite su transmisión *mortis causa* a favor de los herederos instituidos en el testamento de 19 de enero de 1950. Regularizada administrativamente la farmacia, nada se opone hoy a la plena efectividad de lo pactado en 1 de abril de 1979. El razonamiento del primero de los motivos, por infracción del número 3.º del artículo 1.261 y del artículo 1.275 del Código Civil, arguyendo que la causa del contrato es nula por contravenir al Real Decreto de 1978, por cuya contravención la sentencia «declaró nulos absolutamente sus tres primeros pactos por contravenir lo dispuesto en la Ley, esto es, las dis-

posiciones reguladoras de la transmisión de oficinas de farmacia», no es sino el mismo razonamiento del segundo motivo, en que a partir de que, según el primero, «todas las restantes estipulaciones del contrato tienen su razón de ser en aquella atribución de copropiedad» excluida por la nulidad, por lo que «todo el contrato quedó desprovisto de causa», prosigue el discurso lógico rechazando la existencia de una «nulidad parcial» y detenida en los primeros pactos y no extensible a los restantes, todo conforme al número 3.º del artículo 6 del Código Civil, que es el precepto que se señala como infringido en este segundo motivo. Finalmente, el tercer motivo, como ya se adelantó, reputa procesalmente incorrecto, por constituir cambio de la causa de pedir, que se conceda la participación en los beneficios basada por la demandada en la «pretendida copropiedad sobre la farmacia», por la distinta causa del contrato de 1 de abril de 1969 y el efecto vinculante de sus pactos, conforme a los artículos 1.091 y 1.255 del Código Civil. Sin embargo, conforme a la recordada doctrina, es claro que las irregularidades administrativas que cupiera reprochar a la parte demandante, y en las cuales participó en pie de igualdad la demandada, no son bastantes a producir la nulidad que se pretende, por cuanto «la levedad del caso así lo permite», y lo que resultaría «contrario al respeto debido a la Ley, la moral o el orden público» sería justamente ignorar la voluntad del causante de todos los litigantes y los derechos que de ella y de la Ley se derivan para la viuda y los otros descendientes, entre ellos un incapaz.

COMENTARIO.—Merece aplauso esta sentencia, no sólo por la claridad expositiva, sino también por establecer rotundamente que las disposiciones de carácter administrativo no pueden tener incidencia en el Derecho civil. Es tanto el intervencionismo de la Administración, que so pretexto de exigencias sociales, profesionales, ecológicas, nacionales, etc., pretende y en ocasiones consigue dejar vacíos de contenido los preceptos civiles, sin tener en cuenta la diversa materia de las respectivas normas (Derecho público y Derecho privado), que por sí sola impediría esa interpenetración, sino incluso el superior rango jerárquico del Código Civil.

Planteados el caso de la sucesión *mortis causa* en la explotación de una farmacia, no cabe duda alguna de que el valor de ésta ha de ser tenido en cuenta en la partición. De aquí que no sería válida la adjudicación de la misma a aquel de los sucesores que fuese Licenciado en Farmacia sin indemnizar a los demás o entregarles la parte proporcional correspondiente a su valor. La dificultad estriba precisamente en calcular éste, así como en el carácter, privativo o común, que haya de atribuirse a la oficina de farmacia.

En el presente caso, según resulta de las adjudicaciones realizadas (apartado C del núm. 1), la farmacia tuvo la consideración de bien ganancial, carácter que no fue impugnado por ninguno de los litigantes. Frente a la doctrina francesa, la nuestra, así como la jurisprudencia (Sentencia de 26 de febrero de 1979), admiten el posible carácter ganancial del negocio de farmacia íntegramente. Sobre el particular puede verse el estudio del profesor MIGUEL CERDÁ OLMEDO: «La oficina de farmacia y el régimen económico del matrimonio», *Revista de Derecho Notarial*, números 129-130, julio-diciembre 1985, págs. 63-100. En verdad, no parece que haya ninguna dificultad práctica insoslayable para atribuir carácter ganancial al negocio o actividad de farmacia en su conjunto de modo integral, y las posibles dificultades teóricas pueden evitarse distinguiendo entre la

propiedad ganancial y la titularidad, exclusiva del cónyuge que tenga el título de Licenciado en Farmacia, para lo que hay base en el Código Civil, donde existen ejemplos de lo que decimos, es decir, de la distinción entre pertenencia y titularidad formal (v.gr., arts. 1.384 y 1.385).

F. C. L.

3. JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

COOPERATIVAS. LA ADQUISICION DE UN BIEN POR UNA COOPERATIVA DE CONSUMO PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS FINES SOCIALES Y ESTATUTARIOS ESTA EXENTA DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Cierta Cooperativa de consumo adquirió unos locales, con el fin de instalar una tienda de productos alimenticios. La Oficina Liquidadora de la Diputación Foral de Navarra gira liquidación por transmisiones, contra la cual, la Cooperativa recurre ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, recurso que es estimado, anulándose la liquidación girada.

Interpuesto recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Rafael de Mendizábal Allende, se desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Primero. La norma foral que configura la situación tributaria contemplada en el presente proceso (acuerdo de la Diputación de 12 de diciembre de 1969) contiene una descripción de las distintas modalidades de «Cooperativas fiscalmente protegidas», entre las cuales se encuentran las «de consumo, formadas indistintamente por trabajadores, empleados y funcionarios, que tengan por objeto procurar artículos alimenticios y de uso y de vestidos corrientes para las necesidades de sus socios y de sus familiares» [art. 2, d)]. Estas disfrutaban de una *exención total en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales* respecto de los actos y contratos mediante los cuales lleven a cabo la adquisición de bienes o derechos, para sí o para sus asociados, siempre que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales y estatutarios y recaiga sobre las Cooperativas la obligación de satisfacer el impuesto» (art. 3, 2.º), beneficio que cabe perder por vender o prestar servicios a personas distintas de los cooperativistas o sus parientes [art. 9, c)].

Es un hecho pacíficamente aceptado que el local comercial adquirido por «Eroski» lo fue para dedicarlo a su actividad social, como una más de las sucursales integrantes de su red de establecimientos, aun cuando no se indicara tal destino en la escritura de compraventa. Por otra parte, esta Cooperativa había sido calificada como «fiscalmente protegida» en territorio común (Delegación de Hacienda de Vizcaya), con un régimen

jurídico sustancialmente coincidente, figurando inscrita en el Registro correspondiente. Además, ha recibido idéntica consideración dentro de Navarra, en ocasiones anteriores, para la compra de otros locales (Alsasua, 1976; Estella, 1979). Finalmente, la entidad aparece reconocida por y registrada en el Ministerio de Trabajo, elementos todos ellos que conforman el soporte subjetivo cuya actuación no se ha demostrado contraria a los fines estatutarios en ningún momento y medios aún de manera habitual y permanente.

Segundo. En efecto, las conductas de personas ajenas, ocasionales y aisladas, sin connivencia o beneplácito de los órganos sociales o de sus directivos, no pueden encuadrarse en la causa extintiva del beneficio tributario más arriba analizada. Por otra parte, las mercancías que ofrece en venta se encuentran dentro de los límites normales del nivel de vida actual. La palabra «corrientes», como calificativo de los productos vendidos, incorpora un concepto jurídico indeterminado, cuya sustancia ha de ser suministrada por la realidad social de nuestro tiempo (art. 3, 1.º, Código Civil), y se oponen a la noción de «lujo», elemento simétrico. Lo corriente es lo usual, acostumbrado, normal, y no cabe identificarlo con los llamados «artículos de primera necesidad», como tampoco cabe equiparar las Cooperativas de consumo a los Economatos. En nuestra época y en nuestro país, por fortuna y desde hace años, han de considerarse dentro de un nivel económico y social medio los viajes de vacaciones, los aparatos grabadores-reproductores magnetoscópicos y los vinos embotellados, aun cuando algunos de tales servicios o productos estén sujetos al impuesto sobre el «lujo», figura tributaria que abarca conceptos desprovistos de tal carácter en la vida cotidiana.

Por todo ello se desestima la apelación formulada.

C. M. A.

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PLAZOS Y NOTIFICACION. A EFECTOS DE PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO NO PUEDE DESCONTARSE EL MES DE AGOSTO, COMO PRETENDE EL RECURRENTE, NI ES NECESARIO QUE LA NOTIFICACION SEA PERSONAL (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1987).

Hechos.—La única cuestión a resolver en el presente recurso de apelación es si el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el hoy apelante era extemporáneo, como declaró la sentencia apelada al declararlo inadmisibile, o si, por el contrario, fue interpuesto dentro del plazo de dos meses que al efecto señala el artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción, al tratarse de un recurso interpuesto contra un acto expreso desestimatorio de un recurso de reposición.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José Luis Martín Herrero, lo declara extemporáneo, en base a la siguiente:

Doctrina.—Primero. Como se relata en los antecedentes de hecho de la sentencia, el acuerdo desestimatorio del recurso de reposición fue notificado mediante correo certificado con acuse de recibo, que fue recibido en el domicilio de don Antonio... el día 6 de julio de 1983, firmando la

tarjeta acreditativa del recibo «ITZIAR LORDA». Luego es evidente que el plazo de dos meses comenzó a contarse a partir del siguiente día 7 de julio, expirando el día 6 del mes de septiembre.

Segundo. Finalizaba el plazo de dos meses el día 6 de septiembre de 1983, porque, pese a que el apelante pretende no computar el mes de agosto, a efectos de la interposición del recurso contencioso-administrativo, su argumentación no puede aceptarse, porque el Decreto-ley de 17 de julio de 1973 declara inhábil el mes de agosto sólo para las actuaciones de orden penal y civil, remitiéndose expresamente, para las correspondientes a lo contencioso-administrativo, al artículo 121 de la Ley de la Jurisdicción, el cual expresamente dispone que durante el período de vacaciones de verano «correrán los plazos señalados para interponer el recurso contencioso-administrativo y el recurso de revisión», situación que no varía al entrar en vigor la Ley Orgánica del Poder Judicial, a partir del día 3 de julio de 1985, cuyo artículo 179 se limita a señalar como período de actividad normal de los Tribunales el comprendido entre el 1 de septiembre o el siguiente día hábil, hasta el 31 de julio de cada año natural. Por tanto, si finalizaba el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo el día 6 de septiembre de 1983, y el entonces actor y hoy apelante lo interpuso el día 29 del mismo mes, su extemporaneidad es evidente y está ajustada a Derecho la sentencia que lo declaró inadmisibile por este motivo.

Tercero. Tampoco puede aceptarse la alegación del apelante de que el acuerdo desestimatorio del recurso de reposición no contuviera los requisitos necesarios para producir efectos, ya que transcribe el texto íntegro del acto y seguidamente se indican los recursos procedentes, plazo para interponerlo y órgano ante el que debe hacerse, sin que la omisión del requisito de indicar si el acto agota o no la vía administrativa lo invalide. Por otra parte, el apelante no se dirigió al Ayuntamiento denunciando los defectos que ahora resultan —y que no se aprecian— solicitando se hiciera una nueva notificación. Tampoco es admisible el argumento de que la notificación no se hizo personalmente al interesado. El artículo 80, 1.º, de la Ley de Procedimientos dice que «las notificaciones se dirigirán, en todo caso, al domicilio del interesado» o «al señalado por éste para las notificaciones», y la que aquí se cuestiona se dirigió a don Antonio... , al domicilio que éste tenía en Bilbao, y fue firmado su recibo por «ITZIAR LORDA», sin que constituya defecto de notificación que el acuse de recibo debe ser firmado precisamente por el notificado, puesto que si ello fuera necesario bastaría con ausentarse del domicilio o simplemente con negar su presencia en el momento de recibir la notificación para que ésta fuera prácticamente imposible de realizar. Finalmente, no puede calificarse de defecto productor de nulidad el hecho de que la notificación no se hiciera dentro del plazo de diez días a partir de la fecha de adopción del acuerdo, puesto que se trata de un requisito ajeno a la eficacia del acto y externo a él, que no puede producir efecto alguno en el acto notificado.

Se rechazan, por tanto, todos los razonamientos empleados por el apelante.

C. M. A.

AMORTIZACION Y CANCELACION DE OBLIGACIONES. BONIFICACIONES. LA REDUCCION DEL 95 POR 100 DE LA BASE IMPONIBLE DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS, EN LOS TERMINOS ESTABLECIDOS EN EL ARTICULO 66 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO, ALCANZA A LA CANCELACION DEL EMPRESTITO Y AMORTIZACION DE OBLIGACIONES, PERO NO A SU FORMALIZACION NOTARIAL MEDIANTE LA CORRESPONDIENTE ACTA (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1987).

Hechos.—Presentada a efectos tributarios primera copia de acta notarial de sorteo para la amortización de obligaciones de Iberduero, S. A., testimoniándose en ella Resolución del Ministerio de Hacienda de 21 de junio de 1977, por la que se concedía una reducción del 95 por 100 de la base imponible del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que grave los actos y contratos necesarios para la emisión y cancelación de empréstitos; se gira liquidación por el concepto de actos jurídicos documentados, contra la cual se recurre, reclamación que el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Rafael Mendizábal Allende, desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Primero. La Ley 32/1980, de 21 de junio, pretende ofrecer la imagen unitaria de un tributo que, sin embargo, se intitula ya desde un principio dicotómicamente hablando: impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. En la regulación posterior no se describe un hecho imponible común, sino tres, uno para cada una de las tres modalidades mencionadas en el artículo 1. Idéntica estructura presenta, por supuesto, el Texto Refundido contenido en el Real Decreto 3050/1980, de 30 de diciembre. Ello pone de manifiesto que se está en presencia de tributos distintos, al menos dos, como, por otra parte, enseña la evolución histórica. En efecto, las normas antes aludidas se limitaron a yuxtaponer, sin confundirlos, dos impuestos preexistentes, el llamado de derechos reales y el de timbre. Este origen y esa distinta naturaleza se reflejan en numerosas manifestaciones, pero quizá ninguna más gráfica y significativa que la compatibilidad de ambos gravámenes sobre un negocio jurídico, en virtud de la diferente perspectiva: por una parte, el hecho de la transmisión; por otra, su vestidura documental. En función de esa distinta naturaleza e interdependencia de los dos impuestos ha de ser contemplada la situación jurídica particular de Iberduero.

Segundo. En efecto, la segunda de las disposiciones transitorias del Texto Refundido, el cual es aplicable a los hechos imponibles producidos a partir de 1 de julio de 1980, deja sin efecto cuantas exenciones y bonificaciones no hayan sido recogidas en él, pero permite la subsistencia de aquellos beneficios fiscales establecidos, en favor de Sociedades o Entidades, por pactos solemnes con el Estado, con la cláusula explícita *rebus sic stantibus*. Como tal soporte contractual ha de ser calificado el Acta General del Concierto celebrado entre Hidroeléctrica Iberduero y la Administración Central el 22 de octubre de 1975, dentro del marco del Tercer Plan de Desarrollo (1972). Este documento público, por reunir las características exigidas en el artículo 1.216 del Código Civil, con un origen bilateral y un contenido sinalagmático, ofrece la doble solemnidad de su

forma, en sentido estricto, y del propósito deliberado, y, además, declarado expresamente de servir como carta magna de las relaciones entre los contratantes, con especial atención al estatuto tributario de la sociedad; en esa acepción tiene fuerza de Ley para ellos, según el artículo 1.091 del mismo Código. Lo expuesto hasta ahora nos sitúa en el terreno movedizo de los «derechos adquiridos», que pueden definirse como los nacidos de hechos realizados con una cobertura legal derogada, pero cuya retroactividad en el tiempo tiene como fundamento los principios convergentes de la justicia y de la seguridad jurídica, ambos inherentes a un auténtico Estado de Derecho y por ello recogidos en los artículos 1 y 9 de la Constitución Española.

Tercero. El contenido del concierto suscrito en el año 1975 es complejo, ya que —por una parte— la empresa asume la obligación de construir diversos aprovechamientos hidroeléctricos en varias cuencas del territorio peninsular, con líneas de transporte e interconexión, y —por la otra— el Estado le concede ciertos beneficios fiscales como fomento de las inversiones a realizar y en calidad, pues, de contraprestación de aquella actividad de interés general. Entre estos beneficios, se encuentra la reducción del 95 por 100 de la cuota correspondiente al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en los términos establecidos en el artículo 66 del Texto Refundido vigente entonces, cuyo supuesto de hecho eran las ampliaciones de capital de las empresas concertadas, es decir, de una de las llamadas «operaciones societarias», modalidad, a su vez, del concepto genérico de transmisión, como pone de relieve la incompatibilidad absoluta que se establece; en ningún caso un mismo acto podrá ser liquidado simultáneamente por aquellas operaciones y por este concepto (art. 1, 2.º, del Texto Refundido de 1980). En consecuencia, esa cobertura alcanza a la cancelación del empréstito en cuestión y amortización de obligaciones, pero no a su formalización notarial mediante la correspondiente acta de 18 de junio de 1982. Esta resulta gravada por ser la documentación un acto, no por éste en sí, y ello significa una distinta perspectiva y un diferente hecho imponible, otro impuesto, en suma, extramuros del artículo 66, más arriba reseñado. La liquidación impugnada tiene como base legal los artículos 27 y siguientes, incluidos en el título tercero, no en el primero del libro segundo, que era el encuadramiento sistemático de estas operaciones en el Texto Refundido. Está claro, en definitiva, que la finalidad y también el propósito de la cláusula contractual analizada eran, según indica la remisión específica a un precepto concreto, que la sociedad concertada obtuviera un ostensible y notable beneficio tributario en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y sólo en él, sin que resulte viable en este caso una interpretación extensiva por impedirlo el carácter privilegiado de la reducción contemplada, excepción clara, aun cuando justificada, a los principios de generalidad e igualdad en el sostenimiento de los gastos públicos consagrados en el artículo 31 de la Constitución. Por todo lo dicho, se desestima la apelación formulada por la citada Sociedad Iberduero.

C. M. A.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., y otros: *Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid*. Editado por la Comunidad de Madrid y Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1987. Un tomo.

La Constitución de 1978 ha modificado la organización territorial española, basada en el principio centralista del Estado que contemplaba solamente la provincia y el municipio como entidades territoriales, y crea el Estado de las Autonomías, apareciendo la nueva figura de la Comunidad Autónoma, que se regula en el capítulo III del título VIII de dicha Constitución, al desarrollar el principio general de su artículo 2.

Sobre este particular, el Tribunal Constitucional ha declarado, en su Sentencia de 28 de julio de 1981, que la Constitución configura así una distribución del poder público entre entidades de distinto nivel, que son el Estado, como titular de soberanía; las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y las provincias y municipios, con autonomía administrativa.

La Comunidad Autónoma es, después del Estado, la primera y más alta entidad a que se refiere el artículo 137 de la Constitución, según sigue diciendo el Tribunal Constitucional en la citada sentencia.

El artículo 148 de la Constitución autoriza la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas en las materias que señala, siguiendo la línea general de su delimitación definitiva en los respectivos Estatutos y con otras varias determinaciones que ahora no son del caso explicar.

La Autonomía de Madrid se rige primariamente por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, que aprobó su Estatuto, aplicable al territorio de los municipios comprendidos dentro de los límites administrativos de la provincia de Madrid. En su título primero se trata de las Instituciones y Gobierno de la Comunidad; en el segundo, de las competencias, y en el tercero, de su régimen jurídico. Con la organización judicial, lo referente a economía y hacienda y las normas complementarias se completa esta normativa principal, que después se ha ido conformando en las nuevas normas ya emanadas de la Asamblea y demás órganos autonómicos hasta conseguir el todo actual.

Aunque algunas de estas normas —las de rango legal— se publican también en el *Boletín Oficial del Estado*, lo normal es que sólo se insertan en el *Boletín de la Comunidad de Madrid*, que no tiene la misma difusión, y por ello es encomiable la tarea de hacer llegar al mayor número de personas toda esta normativa, que por tener aplicación directa en Madrid interesa a todos nosotros.

La Comunidad ya publicó un *Repertorio de legislación de la Comunidad de Madrid*, en donde se recogían las normas sobre las que se asienta.

Pero no basta con la simple publicación de los textos y ahora se facilita la tarea con un estudio teórico y orgánico, que además de presentarlos ordenadamente y por materias hace una valoración crítica de esta normativa.

Coordinados los textos por RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT, se han recogido los diferentes trabajos de un equipo de universitarios, presentando el libro la estructura que corresponde al carácter docente de sus autores, escribiendo cada uno de sus respectivas especialidades y según su criterio científico personal. El conjunto resulta armónico y da una idea no sólo general, sino completa de todo el entramado jurídico que se estudia.

Consta la obra, bien presentada, de quince capítulos, realizados por los autores que después se dirán, los cuales estudian los respectivos textos autonómicos, que ponen en relación con las normas de ordenamiento nacional, a la vez que se hace su construcción teórica a la luz de las doctrinas del Derecho público.

Lo mejor será reflejar, aunque sea en puro esquema, el contenido de los capítulos, que es el siguiente:

I. *La Asamblea de Madrid.*—Ha sido escrito por FERNANDO SAINZ MORENO, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, que hace un estudio sistemático de este órgano en todos sus aspectos. Ha destacado el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Asamblea y el control extraparlamentario a que están sujetos los actos de la misma.

II. *El Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid.*—Su autor es LUIS MARTÍN REBOLLO, catedrático de la Universidad de Santander, quien analiza la organización política y administrativa de la Comunidad, describiendo su situación; apunta los problemas que suscita y destaca en cada caso la dinámica de su funcionamiento y peculiaridades. Destaca que los temas administrativos no son objetivos en sí mismos, sino instrumentos al servicio de los fines de esta Comunidad, que son más o menos comunes a los de los demás entes públicos.

III. *El personal de la Administración de la Comunidad.*—ADOLFO SERRANO DE TRIANA, profesor titular en la Universidad Complutense, ofrece aquí un estudio analítico y crítico de la situación del personal que integra la Administración autonómica, planteando sus cuestiones jurídicas, económicas y de política de personal, según los diversos criterios doctrinales y jurisprudenciales.

IV. *La Administración institucional de la Comunidad de Madrid.*—Escrito por JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, enfoca los problemas generales de la Administración institucional, derivados de la transformación de una entidad provincial en Comunidad Autónoma, con las incidencias que esto supone en el cambio de funciones y adaptación de los respectivos órganos.

V. *Potestad normativa de la Comunidad de Madrid.*—Es el catedrático de la Universidad Complutense JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ el que hace un estudio profundo de la doctrina de los bloques y grupos normativos para comprender el ordenamiento jurídico y la perspectiva del Derecho de las Autonomías, para detallar después cuáles son las leyes básicas de la Comunidad madrileña. Esta tiene un conjunto de leyes no demasiado numeroso y un techo de competencias modesto, al haberse redactado su Estatuto bajo la pauta del artículo 143 de la Constitución.

VI. *El régimen jurídico de la actividad de la Administración de la*

Comunidad de Madrid.—Responde a la autoría de JUAN PEMÁN GAVÍN, profesor de la Universidad de Zaragoza, quien nos dice que esta materia no ofrece grandes peculiaridades frente a otras Comunidades. Dice que hay una relativa homogeneidad, aunque destacaría la presencia de normas que tienden a facilitar la relación entre Administración y administrados y algunas cuestiones técnico-jurídicas de la aplicación de la legislación del Estado.

VII. *Economía y Hacienda.*—Especialista en la materia, su autor es CARLOS PALAO TABOADA, catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la UNED, que ha escrito el capítulo más amplio del libro y cuya importancia, desde el punto de vista práctico, no hace falta resaltar. Estudia la organización de la Consejería correspondiente, los presupuestos, el patrimonio y la competencia de la Comunidad sobre las Cajas de Ahorros, según la legislación nacional y regional.

VIII. *Las competencias de la Comunidad.*—LUIS COSCULLUELA MONTANER, catedrático de Derecho Administrativo de Valladolid, analiza cuatro aspectos diferentes: el problema de si el Estatuto de Autonomía se ha excedido en sus competencias, clasificación de las mismas, la desaparición de la antigua Diputación Provincial y asunción de sus competencias y las técnicas de alteración fuera del Estatuto, como la normativa aplicable de las Comunidades Europeas. El ámbito de la competencia se señala en los artículos 25 a 34 del Estatuto.

IX. *La ordenación territorial en la Comunidad de Madrid.*—Tras analizar la experiencia jurídica española y en Derecho francés, FERNANDO LÓPEZ RAMÓN estudia los objetivos y los medios de la ordenación territorial en general. A continuación analiza la Ley madrileña de 1984, que se basa en los planes o directrices de ordenación del medio físico, y también la Ley de la Cuenca Alta del Manzanares, que trata de regular el parque regional.

X. *Legislación en materia de urbanismo: Competencia de la Comunidad y novedades más significativas.*—El coordinador general de la obra, RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT, catedrático de la Universidad Complutense, es además autor de este importante capítulo, que es fundamental en un ámbito preponderantemente urbano, como es el de Madrid y su entorno. Empieza estudiando las competencias que antes eran estatales y han sido asumidas en materia de urbanismo. Estas competencias tienen dos límites: los estatales y los municipales, en un difícil equilibrio que se contempla. Dos leyes autonómicas principales forman el encuadre básico, que son la de Disciplina Urbanística y la de Actuaciones Urbanísticas Ilegales; ambas de suma trascendencia y con aplicación directa a los profesionales jurídicos, especialmente Notarios y Registradores de la Propiedad. Por ello su estudio nos interesa de modo particular.

XI. *Abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid.*—El catedrático de la Complutense LUIS MORELL OCAÑA inicia la exposición con la natural referencia a la nueva Ley de Aguas, que, según él, ha resuelto el problema de la unificación de fines al contemplar en su integridad el ciclo del agua en su incorporación a los procesos urbanos. La legislación autonómica enfoca tanto el problema del suministro como el del saneamiento, en viva relación con la posición particular que supone la organización del Canal de Isabel II. En cuanto a la depuración de las aguas, se toman las medidas pertinentes, pero queda en pie el problema de los vertidos sólidos.

XII. *La organización del transporte madrileño de viajeros: El Consorcio Regional de Transportes.*—Nos dice JOSÉ SUAY RINCÓN, profesor de la Complutense, que por primera vez se va a tratar esta cuestión desde una perspectiva supramunicipal, superando las competencias estrictamente municipales que existían hasta ahora. En esto ha influido de modo decisivo el hecho de que se forme un Área Metropolitana con Madrid y las poblaciones de su entorno. La fórmula jurídica que se ha utilizado para organizar este modelo de transportes ha sido la creación del Consorcio Regional, que viene a facilitar la solución a los problemas planteados.

XIII. *Comunicación social.*—ENRIQUE GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, catedrático de Derecho de la Información de la Universidad Complutense, comenta que la legislación autonómica ha cubierto deficiencias y lagunas importantes que existían en el Estatuto de Radio y Televisión, dando a esta cuestión un tratamiento más acorde, aunque también se ha acentuado la parlamentarización del servicio público de la radio y televisión de Madrid, lo que no es muy ortodoxo desde el punto de vista doctrinal. Estudia la organización y competencias de la radio y la televisión autonómicas, sus principios orientadores y los medios de financiación. La Ley de Ayudas a la Prensa Local y Comarcal es un complemento de la Ley nacional, en la medida que incide en publicaciones que no se encontraban previstas en el Estatuto.

XIV. *Salud y bienestar social.*—El estudio del profesor EMILIO SUÑÉ LLINÁS, de la Complutense, aborda interesantes cuestiones, como el perfil jurídico del concepto de bienestar social, la armonización de la legislación administrativa y presupuestaria, el fomento entre Administraciones públicas y la utilización instrumental de la legislación de asociaciones por los entes públicos.

XV. *Deportes.*—Su autor es JOSÉ BERMEJO VERA, catedrático de Zaragoza, quien analiza las normas autonómicas en relación con los deportes. Hay un proyecto legal que estudia el autor; responde a las exigencias mínimas de la ordenación deportiva. Se encomienda la gestión deportiva a un organismo autónomo con el fin de que desempeñe sus tareas con mayor agilidad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CASAS BAAMONDE, M. E., y otros: *Primeros encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco.* Servicio Central de Publicaciones de la Comunidad Autónoma Vasca. Vitoria, 1986. Un tomo de 222 págs.

Una de las características más salientes del llamado Derecho social es su mutabilidad, y ello es natural en cuanto que la sociedad está viva y cambia de modo continuo. Parodiando a LARRA, que nos dijo aquello de que escribir es llorar, podríamos decir que escribir de materias jurídico-sociales es quedarse atrasado u «obsoleto», como dicen los cursis del lenguaje.

En la Facultad de Derecho de San Sebastián se celebraron en el mes de julio de 1986 estos «encuentros», que muestran una preferente atención por los estudios jurídicos y económicos de las cooperativas, en donde se abordaron los problemas que se suscitan en este ámbito, consecuencia

natural del interés que origina el movimiento cooperativo. Pero es sabido que unos meses después, ya en 1987, se ha promulgado otra nueva Ley de Cooperativas (y van cuatro ya de ámbito nacional y otras cuatro regionales nuevas). Este libro recoge las ponencias expuestas antes..., pero que se publican después de aparecer las normas de la nueva Ley General en el *Boletín Oficial del Estado*. Por ello hay que advertir que deben leerse estos magníficos trabajos con la óptica de la nueva Ley, ya que en algunos puntos afecta a las ideas expuestas.

Lo principal, por supuesto, sigue siendo válido y las aportaciones tienen gran altura, pues no en vano han concurrido a los *Encuentros* destacados profesores españoles y extranjeros, que vamos a ver a continuación, resumiendo cada una de sus conferencias.

1. *Regulación jurídica de las cooperativas: Distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.*—MARÍA EMILIA CASAS BAA-MONDE, catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid, estudia el problema de la distribución de competencias a la luz de la Constitución y los distintos Estatutos, los cuales contienen una poco edificante variedad de soluciones. La conferenciante trata de encontrar solución a estos conflictos, entendiendo que las cooperativas no pueden incluirse en los ámbitos de la legislación mercantil o laboral, en los que la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado. La prueba está en las ya existentes leyes de las regiones vasca, catalana, andaluza y valenciana. Estudia también la cuestión del límite territorial de las competencias autonómicas en materia de cooperativas. La nueva Ley General de 1987, en principio aplicable a todo el territorio nacional, reconoce estas competencias autonómicas, aunque sus disposiciones adicionales, lejos de aclarar las posibles cuestiones de competencia, las ensombrecen y embrollan bastante más; pero esto no viene en la conferencia, pronunciada antes de la Ley, según hemos dicho.

2. *La legislación cooperativa como desafío para el jurista.*—El profesor FRANCISCO VICENT CHULIÁ, catedrático de Derecho Mercantil de Valencia, señala en su trabajo el divorcio existente entre las cooperativas y la legislación mercantil, para pasar después a estudiar el concepto y caracteres de estas sociedades, con las peculiaridades que resultan de incorporar a su regulación determinadas instituciones jurídico-privadas de no fácil encaje en su sistemática. Como aspectos positivos de este llamado Derecho cooperativo señala: A) La incorporación progresiva del moderno Derecho de sociedades. B) La consolidación de una cooperativa cada vez más «fundacional», desligada de los estrictos intereses de los socios. C) Evolución hacia un modelo intermedio de empresa, más social que capitalista, reconociendo un estatuto jurídico más considerado a los trabajadores asalariados de la cooperativa.

3. *Las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado: Algunos aspectos de su regulación jurídica en la normativa estatal y autonómica.*—FERNANDO VALDÉS DAL RE, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valladolid, centra su estudio en analizar algunos aspectos de los problemas laborales de estas cooperativas y, en concreto, los dos siguientes: configuración de esta cooperativa y estatuto jurídico del socio trabajador, combinando para ello las perspectivas de las legislaciones estatal y autonómicas y las orientaciones jurisprudenciales. En el estatuto del socio-trabajador estudia tanto los aspectos laborales como los

societarios, contemplando entre ellos las limitaciones y garantías de la admisión de socios, el período de prueba y el derecho al voto.

4. *Seguridad Social y cooperativas de producción*.—ANTONIO MARTÍN VALVERDE, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla, enfoca el tema desde el punto de vista institucional, analizando los distintos elementos o componentes del sistema normativo de la Seguridad Social, tanto en su evolución histórica como en su configuración actual, con sus perspectivas de futuro.

5. *Las cooperativas obreras en Francia: presente y futuro*.—MARIE FRANCE MIALON, Maitre de conférences de la Universidad de Derecho Economía y Ciencias Sociales de París (II), hace primero una introducción explicando cómo son las cooperativas francesas en el actual contexto económico y jurídico del país vecino, para pasar después a analizar los principios cooperativos en materia de acceso al poder directivo de estas sociedades, según la normativa allí vigente, para terminar exponiendo cuál es la efectividad real de estos principios en la práctica de la cooperación francesa.

6. *Mutualidad y conflicto en la cooperativa*.—MARCO BIAGI, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Bolonia, a la luz de la legislación italiana, pero destacando principios generales, estudia como problema central la naturaleza jurídica de la relación entre el socio y la cooperativa; desde un plano rigurosamente científico, se plantea el interrogante de si es admisible la existencia de una relación de trabajo subordinada dentro de un esquema societario, en este caso mutualista-cooperativo. Concluye que cualquiera que sean las transformaciones y los desafíos, debe permanecer inmutable el principio de la mutualidad, que significa la constante búsqueda de la mejora de las condiciones de trabajo. De esta regla, dice, no hay que alejarse nunca y esto debe valer, sea para el movimiento cooperativo o el sindical; de otra forma, se dañaría una tradición histórica que hoy es patrimonio de todos.

7. *Cooperativismo y ocupación*.—UMBERTO ROMAGNOLI, catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Módena, entiende que el modelo normativo de la sociedad cooperativa es un instrumento privilegiado para agrandar las bases productivas y ocupacionales. Estudia los distintos tipos posibles de cooperativas en las leyes estatales y regionales italianas y dice que, a pesar de la variedad de las denominaciones, el fenómeno es sustancialmente unitario: todas las cooperativas se orientan a la realización de objetivos inscritos en programas del «estado de bienestar», con una gestión empresarial desarrollada según criterios de eficiencia que permiten operar automáticamente sobre el mercado.

8. *Las cooperativas de producción y la economía internacional: El potencial para el desarrollo autónomo*.—Su autor es el profesor HENK THOMAS, Senior Lecturer en Economía del Trabajo y la Autogestión del Instituto de Estudios Sociales de La Haya. No sé si el profesor THOMAS pronunciaría su conferencia tal como se transcribe en el libro: casi toda en inglés, con párrafos sueltos intercalados en español. Para quienes desconocemos el primer idioma hubiese sido de agradecer una traducción. Entre mis hijos, que me han traducido un resumen, y esos parrafeos en «cristiano» deduzco que el conferenciante arrancó de la organización del trabajo, con citas a STUART MILL, según el cual, la forma de asociación del futuro sería la de los propios trabajadores entre sí, en sede igualitaria, poseyendo colectivamente el capital que les permita llevar a cabo su acti-

vidad y trabajando a las órdenes de una patronal elegida y cesada por ellos mismos. Estudia las causas de debilitación y extinción de las llamadas cooperativas individuales y recoge como sociedades típicas desde las yugoslavas a la de Mondragón, en nuestra patria, que ya antes había sido especialmente estudiada por el autor en un libro del que es coautor.

9. *Aspectos fundamentales de la fiscalidad de las cooperativas.*—LUIS MATEO, catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Santander, aborda ampliamente este tema, que es básico para estas sociedades, generalmente modestas y carentes del ánimo de lucro, por lo que puede decirse sin dudar que su pervivencia depende en gran parte del beneficioso trato fiscal que les dispense el Estado. El autor hace una reseña histórica desde el Estatuto Fiscal de 1954 hasta el vigente de 9 de mayo de 1969; la Ley de Cooperativas de 1974 hizo una remisión general a las exenciones o beneficios fiscales que tuvieran reconocidos o en el futuro se les concedan. Las reformas fiscales posteriores evidenciaron la necesidad de actualizar esas normas y la nueva Ley General de Cooperativas de 1987 rebota una vez más el tema, anunciando una futura regulación especial de dicho régimen fiscal cooperativo. El autor, tomando como base el Estatuto Fiscal de 1969, recoge la clasificación de cooperativas protegidas y no protegidas, expone los requisitos para gozar la protección fiscal y las causas de su pérdida y detalla cuáles son los beneficios fiscales respecto a cada impuesto, extendiéndose más en el de sociedades.

10. *La libre adhesión y el principio de puerta abierta en las sociedades cooperativas.*—JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid, estudia el principio de la puerta abierta, que es fundamental en la organización cooperativa y que es posible gracias a la técnica del capital variable. Cree que, teóricamente, debe reconocerse un derecho subjetivo de ingresar en la cooperativa a todo solicitante que reúna las condiciones adecuadas y estudia la cuestión a la luz de los textos legales españoles. Según esta normativa, opina el autor que es muy difícil hablar en términos generales de ese supuesto Derecho subjetivo: hay un control de legalidad ejercido por la jurisdicción sobre la aplicación que hacen los órganos sociales de los requisitos de la admisión; hay siempre un ámbito de discrecionalidad, vinculado a los intereses de las cooperativas y que no es controlable judicialmente, ya que implica un juicio de oportunidad en el que los jueces no pueden sustituir a los órganos sociales.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DE PRADA GONZÁLEZ, JOAQUÍN, y BALLBÉ TURÚ, MATEO: *Resoluciones sobre el sistema Notarial*. Colegio Notarial de Barcelona. Un tomo de 565 págs.

A estas alturas sería ocioso descubrir el gran interés que tienen las resoluciones de «nuestra» Dirección General, la de los Registros y del Notariado, pues su altura científica se ha reconocido por todos, incluido el propio Tribunal Supremo. Su base está, por un lado, en el indudable prestigio que todos les conceden, y por otro, en cuanto que resuelven cuestiones suscitadas por profesionales que en la práctica configuran de modo práctico el Derecho que se vive y aplica.

Aparte las de contenido civil y mercantil, que son las más conocidas, hay otras resoluciones de la Dirección General que tratan de materias de índole orgánica de Notarios y Registradores y que no son menos importantes. Estos profesionales dependen de la Subdirección General del Notariado y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, según el Real Decreto 1449/1985, que regula la estructura actual del Ministerio de Justicia. La Orden ministerial de 20 de febrero de 1986, que lo desarrolla, encomienda a la Dirección General, entre otras funciones, entender de las cuestiones relativas al Sistema Notarial, que son, en esencia, las referentes a los instrumentos públicos (escrituras y actas) y sobre el ejercicio de la función notarial en general (turnos, incompatibilidades, retribuciones, correcciones), etc.

El Ilustre Colegio Notarial de Barcelona cumple con esto un gran servicio informativo al editar una recopilación o resumen que han llevado a cabo los dos autores citados al principio, quienes han culminado de modo perfecto una auténtica tarea de chinos, difícil y minuciosa. Comienzan su trabajo recopilador y de síntesis en 1905, o sea, cuando empiezan a publicarse estas resoluciones en el *Anuario de la Dirección General*, pues antes no había publicación que oficialmente las recogiese.

El sistema seguido, en principio, es el puramente cronológico, señalando su fecha y las páginas del *Anuario* en que se publicaron. Sigue un resumen o extracto del texto, en el que los autores han procurado respetar al máximo la literalidad originaria. En la cabecera se anteponen unas palabras clave y un número marginal, que después sirven para encontrar las resoluciones deseadas en un índice sistemático que se incluye al final.

El valor de estas resoluciones, advierten los autores, es relativo, pues aunque no tienen categoría de fuentes del Derecho, poseen, en cambio, un importante valor informativo, ya que suponen un cuerpo de doctrina coherente y normalmente repetida. Esto hace prudente que se tenga en cuenta el criterio seguido en la materia de que se trata antes de adoptar una decisión sobre la cuestión controvertida. Aquí si que adquieren las resoluciones un gran valor práctico y de ahí la importancia de su conocimiento, con lo que se justifica el trabajo de síntesis y ordenación que se ha llevado a cabo.

La Dirección General conoce, bien en competencia directa o mediante apelación contra los acuerdos de las Juntas Directivas de los respectivos Colegios, de las materias relativas al ejercicio de la función notarial en sus más diversos aspectos. Las resoluciones relativas al Sistema Notarial han tenido hasta ahora escasa difusión, lo que hacía difícil conocer su doctrina de forma sistemática. Los autores, en la introducción del libro, nos explican cómo han intentado esta clasificación, lo que consiguen de modo claro y del siguiente modo:

- A) Resoluciones relativas al régimen interno de la actividad notarial:
 - a) Correcciones disciplinarias, donde la Dirección General tiene competencia propia directa y conoce en alzada los recursos contra los acuerdos de las Juntas Directivas.
 - b) Ambito geográfico de la actividad notarial, como interpretación de la demarcación, determinación de zonas, problemas de competencia territorial.
 - c) Estatuto del Notario, como concursos, oposiciones, nombramientos, ausencias, licencias, etc.

d) Reparto de documentos sujetos a turno, que comprende desde la aprobación de las bases para el reparto hasta la solución de sus conflictos.

e) Solidaridad y previsión notarial, como los antiguos Montepíos, la congrua y la actual Mutualidad Notarial.

B) Resoluciones relativas a las relaciones del Notario y sus empleados:

a) Régimen laboral y competencia, un tanto perdida desde la vigencia del Estatuto de los Trabajadores, pero que guarda cierto interés como precedente para solucionar determinados conflictos.

b) Régimen de la Mutualidad de Empleados, donde la Dirección General tiene competencia en vía dealzada respecto a las decisiones de la Junta de Patronato.

C) Resoluciones recaídas sobre el ejercicio de la función notarial y correspondientes derechos de los particulares:

a) Sobre denegación de funciones, derivada de la obligatoriedad de la prestación de la función notarial que establece el artículo 2 de la Ley Orgánica del Notariado y que ampara el recurso directo ante la Dirección General, regulado en el artículo 145 del Reglamento.

b) Derecho a obtener copia de las escrituras matrices, amparado, en el caso de negativa, por el recurso de queja ante la Dirección General, que regula el artículo 231 de dicho Reglamento.

c) En materia de retribución notarial, como resultas del conocimiento en vía de alzada de los recursos establecidos en las disposiciones generales de los aranceles notariales.

D) Resoluciones en materia del régimen corporativo, especialmente las relativas a competencias y obligaciones de las Juntas Directivas y sobre funcionamiento de los Colegios Notariales.

E) Resoluciones recaídas sobre temas de índole procesal, como normas de competencia, plazos de interposición de recursos, etc.

Ya hemos dicho que la recopilación de resúmenes por orden cronológico viene completada por la inclusión de un índice analítico y sistemático, por orden alfabético, para buscar las distintas materias objeto de las decisiones directivas, todo con referencia a unos números marginales con los que están señaladas. En el índice se agrupan las resoluciones por voces principales, y dentro de ellas, se señalan los subtemas que comprenden, en forma subordinada. Como ejemplo, nos citan los autores, en la voz «aranceles», otras referencias sobre la base, y dentro de ésta, medios para obtenerla y aún después otra relativa a la legislación fiscal.

Con lo dicho, no hace falta ponderar la dificultad de la busca, resumen y ordenación alfabética de las materias. Es preciso felicitar a los autores por el trabajo bien hecho y al Colegio Notarial de Barcelona, que al editar este libro facilita enormemente la busca de criterios y soluciones a las cuestiones que en la práctica diaria pueden plantearse en el Sistema Notarial.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PHILIPPE, DENIS-M.: *Changement des circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*. Bruxelles, Emile de Bruyant, 1986.

La tesis, extensísima y con incontable bibliografía, precedida de un prefacio del profesor de Lovaina MARCEL FONTAINE, se inicia con la exposición de ejemplos concretos que han pasado a ser clásicos:

1. En 1873, el Tribunal de Aix, en relación al canon fijado en 1567 para los usuarios del Canal de Palisanne, declara que, aunque le parezca sumamente equitativo, no puede por sí solo tener en cuenta el cambio de circunstancias y el tiempo transcurrido para alterar lo convenido por las partes.

2. Con motivo de la coronación de Eduardo VII de Inglaterra se aquilan numerosos balcones desde los que presenciar el desfile de la comitiva. Aplazada la ceremonia, el Jucz, en el caso Krell v. Henry, estima que el contrato se había celebrado para tal ocasión, no para la fecha que el mismo indicaba.

3. En 1978, el Tribunal de Sienna permite la revisión de los cánones de una concesión de 1964 a la vista de la depreciación monetaria, acontecimiento imprevisto y extraordinario que no integraba el «alea» normal asumido por el contratante.

Los casos detallados, como muchos otros que se prodigan a lo largo de la obra, en especial los dimanantes del encarecimiento del petróleo o los acontecimientos de Irán, no sólo expresan una evolución del común denominador enjuiciable, las circunstancias no imputables a las partes que implican un cambio radical en la obligación, sino que muestran los planteamientos desde perspectivas muy diversas, a cuyo estudio procede nuestro autor aplicando métodos propios del Derecho comparado.

En FRANCIA, el problema debe considerarse casi inexplorado. En Derecho administrativo, no en Derecho civil, se admite la «imprevisión», que permite la modificación o extinción del contrato por las causas citadas en atención a la importancia que el «servicio» tiene para la sociedad. El caso del gas de Burdeos es paradigmático. Ciertamente es, no obstante, que circunstancias diversas han motivado disposiciones singulares: la Ley Faillot, de 1915, relativa a contratos mercantiles anteriores al 1 de agosto de 1914, o las disposiciones referentes a arrendamientos de fondos comerciales.

Se ha utilizado también el instituto de la caducidad para sustituir por otro un índice originario desaparecido. También la lesión en un contrato de opción de compra de dilatado plazo: al ejercitarse, el precio sólo representaba una mínima parte del valor real.

Pese a todo ello, para la jurisprudencia, la regla de oro ha sido la de la convención-ley para los contratantes.

En BELGICA ni siquiera se admite la «imprevisión» en los contratos administrativos, aunque se establezcan normalmente cláusulas revisorias. El ejemplo francés, con su citado criterio, reina soberanamente.

ALEMANIA: Códigos como los de Baviera y Prusia y alguna jurisprudencia admitieron la *rebus sic stantibus* de procedencia canónica. WINSCHIED, en el siglo XIX, formula la teoría de la «Voraussetzung» o presuposición que distingue nítidamente del error, la condición, la *rebus sic stantibus* o la causa, y aunque recogida por alguna jurisprudencia, es criticada por la doctrina y no incorporada al BGB.

La profunda crisis económica que sigue a la primera guerra impone a la jurisprudencia el juego de la «imposibilidad» y el «Treu und Glauben». En 1923, OERTMANN estructura la tesis de la «Wegfall der Geschäftsgrundlage», desaparición de la base del negocio, que rápidamente aceptan doctrina y jurisprudencia. La catastrófica situación siguiente a la segunda guerra obliga a la promulgación de varias leyes, que indirectamente la aceptan extendiéndola incluso a la «Zumutbarkeit», supuesto no previsto por OERTMANN. Mediante dicho fundamento, los Tribunales pueden revisar o disolver el contrato.

La doctrina es objeto de revisiones y perfeccionamientos. Se narran con detalle y precisión las intervenciones de LARENZ, SCHMIDT-RIMPLER, LEHMANN, FIKENTSCHER y FLUME. No sólo se perfila el concepto de base común de evaluación del riesgo, sino que la distinguen de la condición tácita o la interpretación integrativa. Basándose principalmente en el «Treu und Glauben» —con alguna excepción—, los Tribunales aprecian la existencia del profundo cambio de circunstancias y las consiguientes citadas consecuencias.

Hay que tener en cuenta el importante papel que desempeña el Juez en INGLATERRA y la obra de la jurisprudencia que en los dos últimos siglos ha elaborado una sólida doctrina sobre la «Frustration», que define muy correctamente lord RADCLIFFE: Aun sin falta por parte de los contratantes, una obligación puede ser no susceptible de ejecución en el futuro cuando las circunstancias en las que la misma debería tener lugar la han transformado en radicalmente distinta de la asumida al celebrarse el contrato.

Se habla igualmente de «Implied Terms» o «Implied Conditions», conceptuadas ficciones piadosas con efectos similares en supuestos que MAC ELROY ha clasificado en «Impossibility of Performance», «Frustration» y «Failure of Consideration». El Juez procede a la «construction» del contrato en sus elementos y propósitos iniciales y a compararlo con la «reconstruction» que se efectúa en el momento de su ejecución, lo que permite determinar el alcance y profundidad de las alteraciones sufridas y sobre ellas decretar su total anulación, no procediendo en forma alguna su revisión.

Tales tesis se han extendido a otras zonas en el ámbito de la «Common Law». En Estados Unidos se distingue perfectamente la «Impossibility of Performance» de la «Frustration of Purpose», considerándose un grado superior de elaboración doctrinal.

En ITALIA, el artículo 1467 del Código Civil admite que en caso de *eccesiva onerosità*, los contratos de ejecución periódica pueden revisarse o disolverse cuando la prestación ha pasado a ser más amplia que la propia del «alea» normal del contrato. Se aplica, con criterio amplio, en los contratos de ejecución diferida, salvo los esencialmente aleatorios.

Al lado de tal instituto, la jurisprudencia admite también la «presuposición» en base a que las partes al contratar han tenido en su mente un esquema o modelo de contrato de índole objetiva, que puede entenderse profundamente transformado por causas extraordinarias e imprevisibles a las que son ajenas. Algunos autores han estimado que muchos problemas que se acogen a la presuposición podrían haber sido resueltos con una amplia interpretación integrativa. Pero la jurisprudencia, tal vez recordando la expresión de «condición no desarrollada» formulada por el padre de la presuposición, WINSCHIED, estima que la interpretación no puede alcanzar el fundamento del contrato. Las consecuencias de la presuposi-

ción se limitan a la disolución del contrato, aunque en una ocasión el Tribunal de Camerino haya permitido la revisión.

El nuevo Código Civil de HOLANDA, de inminente entrada en vigor, reconoce expresamente la «imprevisión» en su articulado, en términos generales, así como el derecho del Juez de modificar o disolver el contrato en caso de circunstancias de tal naturaleza que impidan su ejecución literal, según criterios de razón o equidad. El anterior Código era casi idéntico al de Napoleón, aunque doctrina y jurisprudencia habían consagrado tanto la imprevisión, la interpretación normativa y la ejecución de buena fe. En los trabajos preparatorios del nuevo texto se han tenido en cuenta tales precedentes, así como los del Derecho germano.

En SUIZA, fundamentalmente por resoluciones de los Tribunales, se conoce la teoría de la imprevisión y, ocasionalmente, el error sobre futuras circunstancias, lo propio que la interpretación complementaria. Se autoriza la intervención del Juez en casos de desequilibrio de prestaciones dimanantes de cambios extraordinarios. La imprevisión está basada en la buena fe. La noción de «Unzumutbarkeit» y el error sobre los hechos futuros aproximan mucho su sistema al de la «Geschäftsgrundlage».

Nuestro autor formula una conclusión de considerable interés: el aislamiento del Derecho francés respecto a los restantes, aunque en alguna norma específica haya optado por la aplicación de los que sistematizan la subversión de la economía contractual y la clasificación esquemática de los últimos en cuatro grupos: los *subjetivos*, que se erigen sobre la voluntad de las partes expresa o presunta («Geschäftsgrundlage» y «presupposizione»); *objetivos*, aplicados en caso de desequilibrio de las prestaciones (imprevisión, excesiva onerosidad); *mixto*, el inglés de la «frustration», en el que se procede a la «construction» del contrato en base a elementos objetivos y subjetivos, y los basados directamente en la *buena fe*. Varios sistemas jurídicos, legal o jurisprudencialmente, admiten más de uno de los enunciados conceptos.

PHILIPPE estudia ampliamente y fundamenta con multitud de ejemplos de la vida resaltados por la jurisprudencia la conveniencia de que el Derecho belga siga los trazos del Derecho comparado. Las argumentaciones que éste le facilita son abrumadoras. La tesis no sólo es extensa, sino sólida y aleccionadora. Fruto de una inmensa labor, de una dedicación poco común.

JOSÉ M. PIÑOI. AGUADÉ

L'évolution contemporaine du Droit du Contracts. Intervenciones de diversos Profesores en las Jornadas de Homenaje al que fue Decano de Poitiers, René Savatier, en octubre de 1985. «Presses Universitaires de France», París, 1986.

Desaparecido a los noventa y dos años, con más de sesenta consagrados al Derecho, con 25 obras, centenares de escritos en revistas y más de un millar de comentarios de jurisprudencia, SAVATIER es considerado uno de los grandes juristas franceses de nuestro siglo. Desde diversas Universidades acudieron a rendirle homenaje y sus intervenciones quedan recopi-

ladas en esta obra, en la que espacio y especialidad obligan a reseñar sólo aquellas reputadas de mayor interés para los lectores de esta *Revista*.

* * *

JEAN CARBONNIER, Emérito de la Universidad de París, nos introduce a las evoluciones relativas a la Teoría General del Contrato con una de sus magistrales e incisivas conferencias. Señala la senda a seguir en Francia en una futura reforma del «Code» en esta materia, y a tal fin comenta, con diversas conclusiones, la integración del Derecho comercial, el monetario, con todos los problemas que ofrece la indexación, y la postura que debe adoptarse con los contratos especiales, simples, mixtos o híbridos, muchos de los cuales navegan solitariamente en «extravagantes». Señala la importancia del Derecho comparado, que debe ocupar una posición destacada en momentos en que la interdependencia se acentúa y en la que ni es posible prescindir de usos, precedentes, ni criterios jurisprudenciales. La mentalidad de 1804, que pretendió hacer tabla rasa de todo lo anterior, no coincide con los ideales y necesidades del presente, que implican una postura antitética.

La política es la que debe determinar la gradación de la libertad de las partes y la intervención legislativa en la formación del contrato. Y el orden público, que ha resultado concepto no inmutable, causa de muchas nulidades anteriormente, desemboca ahora con frecuencia en simples sanciones. Hay que distinguir el orden de protección, que tiene en cuenta las diversas potencialidades económicas, psicológicas e informativas, y el de dirección, que adapta actuaciones a la política general y económica en particular. Y no olvidar las amplias zonas del llamado «no derecho», ocupadas tanto por las esferas económicas de destacada magnitud, las multinacionales, como las modestas que dan lugar a la economía sumergida. En ellas no sólo se produce el no derecho, sino la obligación ilícita, que es la obligación natural por excelencia.

* * *

JACQUES MESTRE, de Aix-en-Marseille, en torno al propio tema, estima que dirigismo, formalismo y predominio del espíritu colectivo parecen ser las directrices más destacadas.

El sistema tradicional descansaba en la libertad y su fuerza obligatoria y sus efectos relativos se limitaban a los contratantes. Las restricciones constituían la excepción. En nuestros días aparecen los contratos reglamentados al milímetro —arrendamientos o seguros— y en algunos casos —seguros— se imponen como obligatorios. Las facultades judiciales se amplían permitiendo no sólo la alteración de cláusulas, sino la integración de otras. Y los efectos «inter-partes» quedan eliminados en los contratos colectivos, en los que muchos afectados ni siquiera han delegado su representación.

La noción del contrato, en ocasiones, se hace borrosa. Los hay que sólo admiten adhesión y los hay que crean la abstracta imaginación del legislador, ni siquiera intuidos por los particulares: de plan, de programa, de seguridad social. Y al lado de los hiperreglamentados, otros —*franchising*, *Know-how*, etc.— carecen de la más ínfima regulación.

Más que punto de choque y transacción de posturas, el contrato parece encaminado a ser punto de equilibrio o coincidencia. Aunque se recono-

cen desigualdades, la presunción es de libertad absoluta. Cuando se altera el equilibrio y aparecen abusos, se procura restablecerlo mediante nulidades dimanantes no sólo del contenido, sino incluso de la dificultad de lectura documental. Entre los nuevos vicios aparece el de «seducción por publicidad», y frecuentemente, el contrato, verdadero microcosmos, requiere una colaboración dilatada después de su celebración.

* * *

Aunque sumamente estimable, dedicamos sólo una leve alusión a la conferencia del profesor LACHAUME sobre la evolución en Francia del contrato administrativo, en el que se reafirman sus tradicionales características de jurisdicción especial, posibilidad de unilateral alteración, juego de la «imprevisión», etc. Pero se anota una dilatación creciente de su esfera y una acentuación del *intuitus personae*, mayor libertad en la elección del cocontratante. No siempre lo menos caro es lo mejor.

Nos introducimos en la interesante aportación de H. G. LESER, de Marburgo, sobre el Derecho alemán y su evolución, con una leve pincelada al inglés. En el primero, el contrato, como la propiedad, continúa siendo el principal instrumento del Derecho privado. El BGB no recogía la ya observada, en su tiempo, desigualdad de los contratantes ni permitía las modernas directrices de protección a los consumidores. Pero los Tribunales, amparándose en el principio constitucional del «Estado social», han interpretado con amplitud increíble la norma escrita, resolviendo con criterios actuales las reglas de una letra envejecida.

Sobre la voluntad de las partes prevalece el criterio objetivo en el que el «horizonte del destinatario» actúa como protagonista. La importancia de las indemnizaciones; el desarrollo de los institutos paralelos a lo que inicialmente fue la *rebus sic stantibus*; la aceptación de principios consagrados en legislaciones de otros países, en especial en contratos de dilatada duración; el recurso a cláusulas tácitas o implícitas, que constituyen estándares conjugables con los principios de buena fe y moralidad, han permitido casi la subversión del Derecho contractual, admitiendo nulidades e integrando sobreentendidos. El equilibrio se ha restablecido con tan drástica actuación pretoriana, que ha favorecido a las Asociaciones de Consumidores o Profesionales.

El BGB ha sido modificado en 1976 y 1979 para abarcar los contratos de adhesión y turísticos, aunque otros sectores siguen independientes. La doctrina ha más que esbozado la conveniencia de una reforma general del sistema, pero de momento la Ley se ha mantenido en su postura de sólo alterar los tipos particulares.

No distan, en Derecho inglés, los planteamientos y soluciones. Los Tribunales no sólo parecen haber restablecido la antigua «Equity», sino rejuvenecido. Abundan las nulidades de pactos, y en 1977, la «Unfair Contract Terms» les dio base legal muy amplia, intensificando el judicial «test of reasonableness». La protección de los consumidores fue ya objeto de regulación en 1970.

* * *

REMY, de Poitiers, analiza las consecuencias de la colaboración de SAVATIER a la evolución del Derecho contractual, con sus cuarenta años de constantes comentarios jurisprudenciales, y PHILIPPE JESTAZ, de la U.-XII de París, insiste en el tema de la evolución en Francia, aunque

excluye algunos contratos destacados por su peculiaridad: sociedades, arrendamiento, laborales ..

Bien partiendo de la experiencia, bien en base a elucubraciones apartadas de ella, se han elaborado estructuras que han dado lugar a éxitos o fracasos: concesiones, en especial de venta, locación venta, ventas a plazos, promoción inmobiliaria, construcción de casa individual, particularísimos créditos, en especial a la construcción, etc., en los que rompiendo moldes clásicos se han levantado institutos innovadores para canalizar el desbordamiento de la prosperidad, evitando abusos y cubriendo necesidades. Sus denominaciones no siempre concuerdan con el contenido y se han efectuado clasificaciones, como las de contratos híbridos y monstruosos; una subespecie de los primeros ha sido calificada de «contratos transexuales».

El arrendamiento pasa a ser una enfiteusis matizada. En las sociedades de construcción, la cesión de acciones o participaciones con derecho a adjudicación de vivienda, se regula como si se tratara de una simple vivienda hasta con saneamiento en caso de deficiente construcción. En la promoción inmobiliaria, el empresario, además de las obras, asume la gestión financiera, administrativa y fiscal. Las ventas sin transferencia de propiedad, pero con derecho de ocupación, conducen a situaciones en las que no se sabe si el ocupante es propietario, arrendatario o precarista, ni es fácil la determinación de unos brumosos límites. La venta sólo es efectiva en caso de total pago del precio, salvo el caso de fallecimiento del pretendiente a comprador, en el que el juego del seguro lo hace efectivo inmediatamente a la defunción. En otros contratos —arrendamientos urbanos— se regulan las llamadas «dos velocidades». El enunciado de estos contratos anómalos es muy amplio y la distorsión de la sistemática tradicional considerable. Se admiten plazos de reflexión, de retractación, prórrogas en los estipulados, y el formalismo adquiere una importancia primordial, casi desmesurada.

Se ha dicho que las formas antiguas han hecho explosión: no hay venta, sino ventas; no hay seguro, sino seguros. El espacio donde la voluntad se desenvuelve libremente, se reduce en ocasiones a un simple símbolo. Y mientras algunas intervenciones legislativas resultan superfluas, otras, con su complejo de elementos dificultativos, se califican de «Gran Muralla de China».

* * *

JEAN M. LELOUP, de Poitiers, se centra en la creación de contratos por la práctica contractual, que al ser consagrados por la Ley se les reconoce su real condición de fuentes de Derecho. La utilidad produce aquel *consensus* que implica validez. Es una fuerza motriz que se impone e incluso se encuadra sin dificultades en el Derecho comunitario. Podrían distinguirse los contratos completos de las cláusulas peculiares en esta *lex mercatoria* de nuestros días, pero resulta muy interesante relacionar tales usos con los valores incorporales y la permanencia.

No sólo son destacables las concesiones de venta o suministro, sino aquellos relativos a marcas o a *savoir faire* en los que la cesión del fondo de comercio carece de trascendencia. Lo importante es la licencia de uno de los indicados elementos.

El *savoir faire* implica una capitalización de ensayos, con sus tanteos, errores y aciertos, de los que resultan procedimientos sólidos fruto de

infinitas experiencias. Dan lugar a contratos de investigación, asistencia, transferencia de tecnología, y en muchos casos la cláusula de confidencialidad ocupa una posición destacada. Nos hallamos ante un derecho de conceptos en el que se valora el trabajo intelectual frente al físico.

También hay que destacar la creciente personalización en los contratos: las cualidades de cocontratante: su capacidad y competencia, desde varias perspectivas, son indispensables en la lucha entablada contra la competencia. En otros, el contrato forma parte de un haz que, aunque celebrados entre personas diversas, tienen idéntica finalidad económica: basta pensar en los de los centros comerciales. En otros casos, como la venta de equipos informáticos, con redes de concesionarios, que deben prestar asistencia a adquirentes en cualquier establecimiento del grupo, los efectos relativos desaparecen; el Derecho es muy distinto. Y el Derecho se halla en la vida, no en los pasillos de los Palacios de Justicia.



La obra termina con importantes estudios sobre Derecho Internacional, contratos internacionales. Están precedidos por una introducción del Decano de Poitiers, PHILIPPE MALAURIE, quien también realiza la conclusión general de las Jornadas. Pese a las grandes innovaciones introducidas y a los esfuerzos de la CEE, todavía no se ha alcanzado aquella comunidad en el Derecho de obligaciones, que se había producido en el Derecho medieval, en base a los Derechos romano y canónico.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J.: *El nuevo Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. Ediciones SIETE de textos legales. Valencia, 1988. Un tomo de 650 págs.

Una vez más, nuestro compañero JOSÉ MENÉNDEZ, Registrador de la Propiedad de Vendrell, nos da otra muestra de su profundo conocimiento de los temas fiscales en general, y de los impuestos que se liquidan en nuestras Oficinas en particular.

A poco de haber publicado un voluminoso libro sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales da a luz este nuevo tratado completo sobre el de Sucesiones y Donaciones. A todo esto, no ha cesado de enviarnos numerosos trabajos, que se han publicado tanto en el *Boletín del Colegio de Registradores* como en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nada menos que 143 obras, artículos o publicaciones tiene en su haber este autor, según nota bibliográfica que se inserta al final de este libro. ¿Hay quien dé más?

Titula «nuevo» a este Impuesto de Sucesiones, y en realidad ya sabemos que es nuevo tan sólo en cuanto que incluye y trata unitariamente a las herencias y las donaciones. Antiguamente, todos estos conceptos transmisivos estaban englobados en el clásico de los «Derechos Reales», que después se descompuso en Transmisiones Patrimoniales y Sucesiones. Las donaciones estaban a caballo en cuanto que eran realmente actos

inter vivos, pero recibían un trato especial en algunos de sus aspectos, que se regulaban por los *mortis causa*.

Los lectores, por supuesto, no precisan de lecciones sobre el particular y por ello se las ahorro. Además, pocas lecciones podría dar quien, por llevar casi cinco años sin liquidar, nota que se van enmoheciendo los conocimientos que hubo de adquirir para una oposición inmisericorde y luego aplicó en veinte años de liquidador de partido. JOSÉ MENÉNDEZ es un gran estudioso y liquidador en activo: de ahí que domine la materia a la perfección, y aquí está otra muestra.

El autor recuerda el prólogo que puso a su obra sobre Transmisiones y nos dice que el Registrador de la Propiedad, profesional del Derecho, es como anejo a su cargo, liquidador de estos impuestos primordialmente jurídicos, y por esta vertiente accesoria ha de aplicar las normas vigentes, aunque algunas de ellas le puedan parecer erróneas. Entonces, nos dice, la única salida que le queda frente a los preceptos que juzga desacertados es la de criticarlos, aunque los tenga que acatar; resalta sus impurezas con la esperanza de que eso sirva de base a unas posibles modificaciones futuras. Si así ocurriera, acabarían los conflictos entre las normas vigentes y las respuestas más ecuanímes de la realidad social frente a preceptos a veces estrictos y desafortunados.

A lo largo de 35 apartados o capítulos hace un estudio concienzudo de la nueva Ley (y no digo «en profundidad» porque estoy harto de tanto «pocero» como, sin venir a cuento, nos suelta la frasecita, *fundamentalmente y en este país*, en clara demostración de la escasez de léxico que padecen).

El estudio doctrinal, normativo y jurisprudencial de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, que ha empezado a regir el 1 de enero de este año, comienza con la naturaleza y el objeto de este Impuesto, que se define en el artículo 1 como tributo de naturaleza directa y subjetiva que grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título hereditario por personas físicas; el autor resalta de entrada la contraposición con el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que si se aplicase literalmente daría lugar a una doble imposición. Tras estudiar las innovaciones de la reciente Ley (derogación del gravamen complementario por excesos sobre diez millones, recargo del 20 por 100 de colaterales *ab intestato* y nuevo trato de las sanciones), concluye considerando al Estado como un auténtico receptor de un activo hereditario.

Junto al ámbito territorial de este Impuesto, estudia los diversos supuestos del hecho imponible, que son la adquisición de bienes y derechos por vía hereditaria, las donaciones y los seguros, así como los incrementos patrimoniales por personas jurídicas, con un repaso completo de los distintos casos y situaciones posibles, incluyendo las presunciones de integración del caudal. Entre éstas están la disminución del patrimonio del causante simultánea con incrementos en el del sucesor, así como las adquisiciones onerosas realizadas por los ascendientes en representación de sus descendientes menores, que puede dar lugar a una doble tributación por donación y compra, como es sabido.

¿Quién es el sujeto pasivo? La norma general es que ese papel corresponde al adquirente, pero hay que distinguir entre la obligación personal y la real. En la primera, a los causahabientes que viven en España se les reclamará el Impuesto sucesorio por la totalidad de sus incrementos patrimoniales, tanto si los bienes están en España o en el extranjero. En la

real, el no residente sólo debe pagar al Fisco español por los bienes sitos en España. Tomando como base el artículo 7 de la nueva Ley, JOSÉ MENÉNDEZ hace un estudio completo de la obligación real y de los supuestos de la sustitución del concepto de nacionalidad por el de residencia habitual y de los casos de los bienes pertenecientes a las personas jurídicas y desplazamientos de contribuyentes.

La base imponible se estudia ampliamente en el capítulo VI. No hay dificultad, en principio, para su fijación: valor total de los bienes, menos deudas y cargas deducibles. Pero las dudas vienen después: seguros sobre la vida, adición de bienes por varias presunciones, usufructos, reconocimientos de dominio en favor de terceros; también son discutibles cuáles sean las cargas y deudas deducibles. Todo un cúmulo de cuestiones que el liquidador ha de sopesar en el momento de la comprobación y que el autor desmenuza, caso a caso.

Para determinar la base liquidable, el artículo 20 de la nueva Ley realiza deducciones en la base imponible en cuantías variables que tienen relación con el grado de parentesco entre el causante y sus herederos. En este capítulo estudia el autor dicho precepto, en especial los casos de adopción y de herederos colaterales. Fijada la base y el grado, pocas dificultades entraña la aplicación del tipo de gravamen.

Una novedad de la Ley es la determinación de la deuda tributaria, que se obtiene aplicando a la cuota íntegra el coeficiente multiplicador que corresponde a los distintos grupos del artículo 20, pero influyendo en la determinación de la tarifa el patrimonio que pertenezca anteriormente al heredero. Las críticas han sido unánimes y el autor aporta la suya: el legislador nos muestra todo un repertorio de aquello que no se debe hacer. Ni es lógico computar el patrimonio preexistente del contribuyente para incrementar la tarifa aplicable, ni tampoco lo es ese deseo de congraciarse *a posteriori*, que, de espaldas a la tradición normativa, excluye de la base el valor de los bienes anteriormente regalados al heredero.

Otra novedad es la rebaja a cinco años del plazo de prescripción, que estaba fijado en diez años en la Ley General Tributaria, pero ha de tenerse en cuenta que el plazo no se cuenta desde el fallecimiento del causante, sino desde el día en que finalice el plazo para presentar la declaración. El autor, que ya había llamado la atención sobre este punto en trabajos anteriores, insiste aquí y explica con amplitud sus ideas sobre el particular.

El usufructo ha sido siempre una de las liquidaciones más laboriosas y complicadas de este Impuesto, tanto en la constitución como en la extinción. La primera dificultad es fijar la base; siguen las diversas liquidaciones a practicar al disociarse y consolidar disfrute y nuda propiedad. MENÉNDEZ afronta estos problemas y opina sobre sus soluciones. Igual estudia las sustituciones, fideicomisos, reservas y transmisiones sucesorias.

En los capítulos XIX y XX contempla una extensa panorámica fiscal de la partición, acto cumbre en que, en definitiva, se refleja y termina el *iter* sucesorio, con sus múltiples variantes y problemas según los distintos supuestos de paridad de los lotes, excesos de adjudicación, repudiaciones parciales o renuncia total, sea abdicativa o traslativa.

Y la parte material del estudio de esta Ley termina con la donación y sus casos: Viviendas de Protección Oficial, donaciones *mortis causa* y por asimilación, así como la revocación y la acumulación de donaciones.

La parte formal u orgánica comienza contemplando la obligación de

presentar los documentos y declaraciones pertinentes dentro de plazo, con los efectos de la demora o de la falta total de la presentación. También estudia la posibilidad que contempla la Ley de introducir la autoliquidación, que es otra novedad, y las liquidaciones parciales o a cuenta, el aplazamiento y el fraccionamiento de pago y sus normas.

Por otra parte, se repasan los deberes de las autoridades, funcionarios y particulares y las competencias para gestionar y liquidar el Impuesto. El Real Decreto 422/1988, de 29 de abril, dictado ya después de aparecer el libro, dicta las normas provisionales para la gestión y liquidación y viene a confirmar lo que el autor ya nos decía; corresponde a las Delegaciones o Administraciones de Hacienda o, en su caso, a las Oficinas con análogas funciones de las Comunidades Autónomas que tengan cedida la gestión del tributo. Por regla general, éstas han delegado en las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario, regidas por Registradores de la Propiedad. El autor cita las últimas y recientes disposiciones autonómicas sobre el particular.

Para que nada falte en materia fiscal se estudian, ¿cómo no?, las infracciones y sanciones. Y el libro termina con el estudio de las disposiciones adicionales, transitorias y finales de la Ley. Con todo ello, una vez más, JOSÉ MENÉNDEZ ha puesto su sapiencia fiscal al alcance de todos los lectores.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

1000



REVISTA GENERAL DE DERECHO
Número 520-521 (Enero-Febrero 1988)

- Ensayo sobre la estructura del delito de estafa*, por JUAN EMILIO VILA MAYO, pág. 15.
- Nuevo régimen argentino de matrimonio civil (Ley 23.515)*, por GRACIELA MEDINA, pág. 41.
- Notas acerca de la acción de rescisión por fraude de acreedores a propósito de la última jurisprudencia*, por FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO, pág. 61.
- La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional: Algunas dudas razonables*, por JAVIER DE LUCAS y otros, pág. 81.
- Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico*, por EMILIO ATTARD, pág. 95.
- La convención CMR y el transitario (Commissionnaire-Expéditeur). Problemas en relación a los transportistas sucesivos*, por JAN THEUNIS, página 251.
- Convención sobre la relación jurídica entre la agencia de viajes y el transportista*, por FRANCISCO M. SÁNCHEZ ORTIZ, pág. 263.
- El convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, por ANTONIO V. ALBANES MEMBRILLO, pág. 315.
- La Ley italiana número 772, de 11 de noviembre de 1986, sobre disciplina del coaseguro comunitario*, pág. 349.
- La autorización para servicio combinado de autobuses con interpenetración de itinerarios concesionales (solapes) en la nueva Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT)*, por FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ ORTIZ, página 269.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO
(Febrero 1988)

- La familia en el sistema constitucional español*, por PIETRO PERLINGIERI, páginas 107 a 113.
- Las causas de extinción del artículo 1.156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa*, por JULIA RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, págs. 114 a 139.

(Marzo 1988)

Algunos aspectos de la rescisión por causa de lesión, por DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, págs. 211 a 232.

Nota sobre el proyecto de Ley italiana de multipropiedad, por EMANUELE CALO, págs. 233 a 237.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
Número 6 (Noviembre-Diciembre 1987)

Presente y futuro del Derecho romano, por JUAN IGLESIAS SANTOS, pág. 29.

Defensa de los estudios romanísticos, por JUAN IGLESIAS SANTOS, pág. 33.

Actualidad de la jurisprudencia romana y enseñanza del Derecho, por MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO, pág. 37.

Clasicidad y utilidad del estudio del Derecho romano, por A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, pág. 49.

Vigencia del Derecho romano. Los principios generales del Derecho, por FERNANDO REINOSO BARBERO, pág. 59.

¿Existió un Derecho mercantil romano?, por MANUEL AMAYA CALERO, pág. 73.

Los juristas romanos, por JUAN IGLESIAS REDONDO, pág. 69.

Un supuesto polémico a propósito de exceso de mandato, por FEDERICO F. DE BUJÁN, pág. 105.

El Derecho romano y la formación del jurista, por JAIME ROSET, pág. 125.

Acerca de la supresión del Derecho romano, por IGNACIO IZQUIERDO ALCOLEA, pág. 135.

Valor de los estudios del Derecho romano para el civilista, por FRANCISCO RICO PÉREZ, pág. 141.

Los dos Séneca: I. M. A. Séneca, el Retórico. II. L. A. Séneca, el Filósofo, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 145.

Número 1 (Enero-Febrero 1988)

Ante la reforma de la Ley del Tribunal Constitucional, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 7.

El principio acusatorio: Su rango constitucional, por MANUEL JAÉN VALLEJO, pág. 15.

El ámbito de aplicación subjetiva de la Constitución española, por MARTO N. SILVA ARRIOLA, pág. 25.

La responsabilidad civil vista por Jordano Fraga, por IGNACIO IZQUIERDO ALCOLEA, pág. 33.

El Estado de Derecho y sociedad de consumo: Sus ciudadanos, consumidores y usuarios, por MARÍA DE LOS ANGELES GARCÍA ORTEGA, pág. 39.

La huelga en el Derecho comparado (el ejemplo de Europa Occidental), por JUAN A. SAGARDOY, pág. 55.

El Abogado ante la jurisdicción penal, por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 69.

La extradición en el Derecho militar, por GONZALO MUÑIZ VEGA, pág. 83.

DOCUMENTACION JURIDICA

Número 51 (Julio-Septiembre 1986)

- El Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*, por JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA, pág. 683.
- El Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo y su contexto histórico: de la Ley de 1888 a la situación actual*, por LUIS MARTÍN REBOLLO, pág. 697.
- Algunas consideraciones en torno a la estructura del orden contencioso-administrativo en la Ley Orgánica del Poder Judicial*, por CARLOS DE ALFONSO PINAZO, pág. 721.
- La unidad del ordenamiento estatal en el Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*, por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, página 737.
- Las partes en el Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo*, por MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, pág. 749.
- Intervención del Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo*, por MIGUEL MONTORO PUERTO, página 771.
- Examen de las competencias de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo*, por JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, página 805.
- La suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el recurso contencioso-administrativo*, por ENRIQUE LINDE PANIAGUA, pág. 827.
- La ejecución de sentencias en el Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo*, por MARÍA JESÚS MONTORO CHINER, página 835.
- Los recursos en el Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo*, por ADOLFO CARRETERO PÉREZ, pág. 861.
- El procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*, por JOAQUÍN TORNOS MAS, pág. 901.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL
Y AUTONOMICA

Número 234 (Abril-Junio 1987)

- Historia y elegía de los Depositarios de Fondos de Administración Local*, por ALEJANDRO NIETO, pág. 177.
- El Concejo abierto*, por LUIS COSCULLUELA MONTANER, pág. 199.
- Aspectos administrativos del régimen protector de los consumidores y usuarios*, por JOSÉ A. LÓPEZ PELLICER, pág. 225.
- El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la función pública*, por VALENTÍN PÉREZ MARTÍNEZ, pág. 255.
- Los conceptos de orden público y de seguridad ciudadana en la reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y su incidencia sobre Policías Autonómica y Municipal*, por LUIS DE LA MORENA Y DE LA MORENA, pág. 289.
- Contribución urbana y modelos de planificación. La ciudad de León como ejemplo*, por ANTONIO T. REGUERA RODRÍGUEZ, pág. 317.
- El rol del municipio en el desarrollo económico y el caso argentino*, por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, pág. 355.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Número 135 (Enero-Marzo 1987)

- Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad a tiempo compartido (ponencia de España)*, por EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARRAMES, pág. 7.
- Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad a tiempo compartido (República Argentina)*, por MARÍA T. ACQUARONE, pág. 155.
- Multipropiedad (Entre Ríos-República Argentina)*, por FRANCISCO A. MARTÍNEZ SEGOVIA y SUSANA L. DIKENSTEIN DE KROCHIK, pág. 281.
- Multipropiedad (España)*, por JOSÉ ANTONIO ROMA RIERA, pág. 313.
- Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido (Guatemala)*, por JOHN SCHWANK, pág. 347.
- Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido (Uruguay)*, por JOSÉ RIGUETTI y otros, pág. 357.
- Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido (Uruguay)*, por MABEL PLADA CAMACHO, página 387.
- El desglose del protocolo de la escritura matriz contra la cual aparezcan indicios o méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito*, por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 421.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1 (1988)

- Panorámica de la nueva Ley de Patentes española (2.ª parte)*, por JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADE, pág. 9.
- La impugnación de actos y acuerdos de las entidades locales*, por JOAQUÍN TORNOS MAS, pág. 79.
- La responsabilidad civil del fabricante*, por RAMÓN MULLERAT, pág. 95.
- Personación y postulación de las entidades locales en lo contencioso-administrativo*, por JOSÉ M.ª MOLTÓ DARNER, pág. 141.
- Organos judiciales legitimados para planear cuestiones prejudiciales en aplicación del artículo 177 del Tratado constitutivo de la CEE*, por FERNANDO ARMENGOL FERRER, pág. 149.
- Autorizaciones, licencias y permisos para instalaciones nucleares y radiactivas*, por ESTHER CLIMENT THIELLE y SANTIAGO PUIG EYRE, pág. 181.
- Algunos problemas que plantea el régimen de transparencia fiscal en las sociedades*, por JOSÉ LUIS BRUNA DE QUIXANO, pág. 201.
- Doctrina constitucional sobre emplazamientos y valoración legal de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los recursos de amparo*, por ANTONIO MOYA GARRIDO, pág. 209.
- Consideraciones psicológicas sobre los audiovisuales como medio de prueba*, por LL. MUÑOZ SABATÉ, pág. 231.
- Derecho de la propiedad industrial e intelectual*, por LUIS TORRENTS y VÍCTOR GUIX, pág. 243.
- La armonización. El contrato de agencia comercial en la Comunidad Económica Europea*, por FRANCIS HERBERT y JOSÉ M.ª BALANÁ, pág. 247.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 4 (Julio-Diciembre 1987)

Hacia la edición crítica del Fuero de Tudela, por ANGEL J. MARTÍN DUQUE, página 13.

Transcripción con arreglo al Ms. 11-2-6, 406 de la Academia de la Historia de Madrid, por el CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS, pág. 21.

Navarra en la Constitución de la I República Española, por JAIME IGNACIO DEL BURGO TAJADURA, pág. 89.

El mandato de crédito (a propósito de la Ley 526 de la Compilación de Navarra), por ENRIQUE RUBIO TORRANO, pág. 101.

Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra, por JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE, pág. 117.

Asunción en la práctica de competencias legislativas por las Asambleas Autonómicas, por ALBERTO PÉREZ CALVO, pág. 143.

Algunos aspectos de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la legislación civil para la protección del consumidor, por M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, pág. 149.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 142 (Octubre-Diciembre de 1987)

Innovación tecnológica en la agricultura y acumulación de capital: un análisis crítico de la revolución verde, por JESÚS G. REGIDOR, pág. 7.

La medida de la productividad agraria, por JOAQUÍN ALBERTO MILLÁN GÓMEZ, pág. 31.

Disponibilidad de recursos y eficiencia productiva, por ANGEL PRIETO GUIJARRO, pág. 47.

Los precios de referencia para frutas y hortalizas: un análisis del grado de protección exterior, por JULIO BERBEL VACINO, pág. 83.

Posición comercial de los productos agroalimentarios andaluces en el mercado comunitario, por CRISTINA BLASCO VIZCAÍNO y FRANCISCO GONZÁLEZ FAJARDO, pág. 93.

Explotaciones de la leche en La Coruña: Su dinámica, estructuras y entregas a la industria, por XURSO SANTISO BLANCO, pág. 115.

Los flujos interprovinciales de bovino en España en el período 1977-1984, por CÁNDIDO PAÑEDA FERNÁNDEZ, pág. 157.

El monte adehesado. Significación económica y ecológica actual, por JOSÉ MANUEL GÓMEZ GUTIÉRREZ, pág. 171.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 123 (Julio-Diciembre de 1987)

La personalidad jurídica civil de las asociaciones canónicas privadas, por M. LÓPEZ ALARCÓN, págs. 383 a 410.

La Iglesia misionera en el nuevo Código de Derecho Canónico, por J. A. EGUREN, págs. 411 a 439.

- La capacidad psíquica necesaria para el matrimonio*, por S. PANIZO ORALLO, páginas 441 a 470.
- Las causas de nulidad matrimonial por incapacidad psíquica (can. 1.095, 3.º) según la jurisprudencia rotal*, por F. R. AZNAR GIL, págs. 471 a 505.
- La prueba procesal de la incapacidad psíquica matrimonial*, por J. J. GARCÍA FRAILE, págs. 507 a 526.
- El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el Derecho laboral español*, por G. MORENO BOTELLA, págs. 526 a 529.
- La aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) a las entidades eclesásticas*, por M. MIER MENES, págs. 551 a 563.
- Cursillos prematrimoniales, fe y sacramento del matrimonio*, por N. LÓPEZ MARTÍNEZ, págs. 565 a 575.
- Reflexión sobre la Instrucción «Donum Vitae» en relación con algunos informes civiles*, por R. M. RAMÍREZ NAVALÓN, págs. 577 a 590.
- Los centros sanitarios acreditados para práctica legal del aborto. Texto legal y comentario*, por E. DIZ PINTADO, págs. 591 a 608.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 106 (Enero-Febrero 1988)

- Reseña de jurisprudencia. Observaciones sobre la jurisprudencia de la Corte de Casación*, por AMADEO POSTIGLIONE, pág. 13.
- Consideraciones sobre los valores histórico y artístico en los bienes muebles e inmuebles*, por JOSÉ RAMOS ILLÁN y PABLO JULIO ROLDÁN VERDEJO, página 41.
- Las actividades mineras y la ordenación del espacio*, por TOMÁS QUINTANA LÓPEZ, pág. 53.
- Comunidades Autónomas y Urbanismo: situación actual y perspectivas*, por EMILIO SUÑÉ LLINAS, pág. 85.
- La posible gestión del suelo urbano: reparcelaciones en municipios sin plan y las unidades de actuación internativas*, por JOSEF A. PAYÁ GASENT, página 109.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 97 (Julio-Febrero de 1986)

- La presunción de inocencia*, por NUNZIO FRATTALLONE DI GANGI, pág. 1.
- Mediación y arbitraje en los casos de divorcio*, por ANGELA T. IRIZARRY IRIZARRY, pág. 19.
- Las drogas: Prohibición total vs. control reglamentado*, por DORA NEVAREZ MUÑIZ, pág. 27.
- La profesión jurídica como campo de acción valorativa*, por MANUEL ANGEL MORALES, pág. 37.
- Hipnosis y procedimiento evidenciario*, por WILLIAM FELICIANO RUIZ, pág. 53.
- The first amendment to the Constitution of the United States of America and freedom of religion*, por CHARLES R. CUPRILL, pág. 63.

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Número 891 (1987)

Tradicón, posesión y registro, por MARCELA H. TRANCHINI y otros, pág. 19.
Protocolización de testamentos ológrafos, por FRANCISCO FERRARI CERETTI,
página 51.

Un nuevo régimen municipal para la provincia de Buenos Aires, por RUBÉN
E. CREGO (h), pág. 79.

Proyecto de escritura de permuta de inmueble por moneda extranjera,
por GASTON R. DI CASTELNUOVO, pág. 101.

*El certificado registral expedido por procesamiento electrónico de datos.
Su implicancia jurídica*, por LIDIA BLUME IMAS y otros, pág. 111.

*Proyectos de escritura de regularización de una sociedad comercial de
hecho*, por CLAUDIO A. SOLARI DEL VALLE, pág. 145.

Número 892 (1987)

El feudalismo, los poderes no delegados y la jurisdicción notarial, por
HÉCTOR J. CARATTOLI, pág. 235.

Convivencia de la tradición y la publicidad registral en el sistema inmobiliario argentino, por JORGE F. DUMON y NÉSTOR O. GÓMEZ, pág. 259.

El «leasing» inmobiliario, por CRISTINA N. ARMELLA, pág. 281.

Medidas cautelares y el bloqueo registral, por ANGEL A. FRONTINI y otros,
página 301.

Testamento, por GUSTAVO A. CREGO, pág. 329.

Intervención notarial en el campo de la informática, por BRUNO CASTELLER,
página 337.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DE URUGUAY

Números 1 a 6 (Enero-Junio de 1986)

Indivisión hereditaria, por SAÚL D. CESTAU, pág. 17.

Distinción de los conceptos de bien y de cosa con especial referencia al estudio de la propiedad incorporal, por ENRIQUE AREZO PIRIZ, pág. 68.

De la planeación tributaria y del abuso de Derecho (legitimidad sustantiva y legalidad formal), por LEÓN CORTIÑAS PELÁEZ, pág. 79.

NOTICIAS CEE

Número 37 (Febrero de 1988)

La Comisión Mixta para las Comunidades Europeas, por MARIANO DARANAS,
página 19.

Los procedimientos judiciales ante el Tribunal de las Comunidades Europeas, por BLAS OLIET PALA, pág. 47.

Invocación del Derecho mercantil europeo por la jurisprudencia registral,
por José M. CHICO Y ORTIZ, pág. 61.

- Propuesta de Directiva sobre admisión de valores de cotización oficial*, por ALEJANDRO GARCÍA-BRAGADO DALMAU, pág. 65.
- La recomendación de la Comisión sobre vigilancia de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito*, por RAFAEL MATEU DE ROS, página 67.
- Sexta Directiva sobre ayudas a la construcción naval*, por WENCESLAO RODRÍGUEZ CURIAL, pág. 75.
- El tránsito comunitario*, por FELIPE GARRE ALCARAZ, pág. 81.
- El Real Decreto 2095/1986, relativo a la modificación de las Ordenanzas de Aduanas*, por FERNANDO LEÓN PEÑA, pág. 91.
- Reforma del Impuesto sobre Sociedades y Directiva Matriz/Filial de la Comunidad Económica Europea*, por GERT SASS, pág. 101.

Número 38 (Marzo de 1988)

- La adecuación del Derecho de Cataluña al Derecho de las Comunidades Europeas; la Ley 4/1986, de 10 de marzo*, por MARTÍN BASSOLS COMA, página 13.
- Significado de la adhesión de España a las Comunidades Europeas para Cataluña*, por CARLES A. GASOLIBA I BOHM, pág. 19.
- Los entes regionales y las vías secundarias de acceso al Tribunal Comunitario: intervención, tercería y observaciones escritas sobre cuestiones prejudiciales*, por ROSARIO HUESA VINAIXA, pág. 29.
- La circunscripción electoral en las elecciones al Parlamento Europeo*, por JOAQUÍN LLIMONA I BALCELLS, pág. 37.
- La eficacia de las Administraciones Públicas: El reto de la CEE*, por JOSEP MIRÓ I ARDEVOL, pág. 49.
- Consideraciones sobre la política de adecuación a las Comunidades Europeas de la Generalitat de Cataluña*, por VÍCTOR POU I SERRADELL, pág. 55.
- Establecimiento y libre prestación de servicios de abogados en España. Las competencias de la Generalitat de Cataluña*, por JOSÉ MARÍA DE DIOS, pág. 67.
- Cataluña y la economía europea*, por FRANCESC GRANELL, pág. 79.
- La normativa sobre incentivos regionales y la Defensa Comunitaria de la Libre Competencia: Efectos sobre la Política de Desarrollo Regional de Cataluña*, por JOAN MIER I ALBERT, pág. 85.
- La reforma de las Bolsas de Valores*, por JORDI PLANASDEMUNT I GUBERT, página 97.
- La mención —Metode Champaniose— en el marco de las denominaciones de origen comunitarias*, por SANTIAGO RIPOL CARRULLA, pág. 103.
- El comercio exterior de Cataluña después de la adhesión a la Comunidad Europea*, por GUILLEM ROVIRA I JACQUET, pág. 111.
- El Feder en Cataluña*, por ANTONI SALAMERO SALAS, pág. 117.
- Participación de las regiones en la política regional comunitaria*, por JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA, pág. 123.

