

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LII • Noviembre-Diciembre 1976 • Núm. 517

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Murcia.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La posesión y el Registro en la adquisición y tutela de la marca», por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO	1297
«Cumplimiento defectuoso de la prestación», por LUIS MARTÍNEZ CAL- CERRADA	1335
«La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés», por José LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ	1397

NOTAS:

«Acerca de si a las transmisiones onerosas de los ascendientes a favor de los descendientes se les aplica o no la norma fiscal de acumula- ción de bases de los artículos 63 y 46 del texto refundido», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1441
---	------

JURISPRUDENCIA:

I. Jurisprudencia comentada:	
«Elevación de la cuantía de una pensión alimenticia establecida en pacto», por LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI	1455
II. Resoluciones y Sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO	1467
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1481
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GON- ZÁLEZ PÉREZ	1513

LIBROS:

«Vía gubernativa y proceso civil», de J. GARCÍA CASAS, por JOSÉ MA- RÍA CHICO Y ORTIZ	1519
«Los recursos administrativos y económico-administrativos», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO	1522
«Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima», de AURE- LIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, por JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO	1525
«El contrato de concesión mercantil», de TERESA PUENTE MUÑOZ, por VICENTE ESPERT	1530

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	1539
--------------------------------	------

ESTUDIOS

La posesión y el registro en la adquisición y tutela de la marca

SUMARIO: I. *Observaciones previas sobre el concepto y función de la marca.*—II. *Presupuesto de la titularidad de la marca: la condición de productor.*—III. *Los derechos extrarregistrales sobre la marca:* 1. La dualidad de derechos en la Ley de 1902.—2. La pluralidad de situaciones en el Estatuto.—IV. *Primer usuario versus titular registral:* 1. Valor preferente de la anterioridad.—2. La «consolidación».—3. La situación, mientras la titularidad no se consolida.—V. *La posesión de la marca:* 1. Sentido de la posesión de la marca.—2. Concurrencia de posesiones.—A) Posesiones paralelas. B) Posesión derivada.—3. Los derechos del poseedor de la marca y el artículo 273 del Estatuto.—4. La tutela penal de la marca y su posesión.—VI. *La protección a la posesión de la marca desde el punto de vista de la competencia desleal:* 1. Fundamento de la prohibición de competencia desleal.—2. El uso continuo de la marca como fuente de un derecho a la clientela.

I. OBSERVACIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO Y FUNCION DE LA MARCA

Para el objeto del presente trabajo conviene reparar desde el primer momento en cómo es la participación de los consumidores la que da valor e importancia a la marca. Importancia que hoy ha crecido desmesuradamente. En una época como la nuestra, de productos idénticos o similares en precio y calidad que se ofrecen conjuntamente en el mercado, las preferencias del público se dirigen a aquellos que por haberse anticipado en la oferta, por una propaganda hábil y bien dirigida o por su presentación, etc., han logrado atraerlas y crear en torno a sí una demanda fiel y constante. Tal éxito muchas veces es el resultado de la honestidad comercial de un productor que, a costa de mermar sus ganancias, ha sabido servir siempre una calidad superior por un precio módico, y a él contribuye, sin duda en gran medida, una propaganda máxima y continuada, que puede hacer pasar a un segundo lugar las consideraciones más importantes de calidad de la mercancía y adecuación de su pre-

cio. Todo ello supone, en último término, una inversión (dinero dejado de ganar o gastado en propaganda), que puede ser muy elevada, pero que tiene como contrapartida la vendibilidad del producto acreditado y solicitado por una masa de compradores. La marca acreditada, la que representa una llamada a la atención de cualquier comprador y posee una demanda propia, tiene así un elevado valor económico actual, resultado de una labor destinada a grabar en la mente del público su relación con un determinado producto y las virtudes de éste.

Como dice FERNÁNDEZ NOVOA (1): «... si nos limitamos a decir que la marca es una unión entre un signo y un determinado género de mercancías, no estamos realmente describiendo una marca viva y operante, sino tan sólo un proyecto de marca: una marca en potencia a la que le falta un segundo ingrediente básico para convertirse en una marca auténtica. Este segundo ingrediente es psicológico. La marca en sentido propio es la unión entre signo y producto, en cuanto que tal unión es aprehendida por los consumidores. La unión entre signo y producto es obra del empresario. Pero esta unión no desemboca en una auténtica marca hasta el momento en que los consumidores la captan y la retienen en su memoria.

»La unión entre signo y mercancía, al ser captada por los consumidores y convertirse de este modo en una verdadera marca, desencadena, por su parte, ciertas representaciones en el ánimo del consumidor. Estas representaciones son fundamentalmente dos: la primera, sobre el origen de la mercancía que aparece unida al signo, y la segunda, sobre las características de tal mercancía. Al contemplar un signo unido a un artículo, el consumidor piensa lógicamente que este artículo procede de una determinada empresa: de aquella empresa de la que proceden todos los artículos dotados de ese mismo signo. La contemplación de la marca sobre una mercancía hace que el consumidor adscriba la misma a cierta empresa. En segundo término, la contemplación de la marca sobre una mercancía suscita en el ánimo del consumidor el pensamiento de que ésta posee unas determinadas propiedades y características.

»El signo—continúa más adelante—añadido a los productos por el empresario se convierte en una verdadera marca cuando la contemplación del signo desata en el ánimo del público de los consumidores aquellas representaciones en torno al origen y características de la mercancía que anteriormente hemos visto. Cuando así ocurra, a la unión entre signo y mercancía se habrá sumado el perfil psicológico, que—como sabemos—es también parte integrante del bien inmaterial llamado *marca*. Es, por

(1) «La figura compleja de la marca», en *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, año 1968, número 30, págs. 24 y ss.

tanto, innegable que la marca no puede surgir sin la participación de los consumidores. El público de los consumidores no es un simple destinatario de la marca: es un protagonista activo que desempeña un relevante papel en el proceso de iniciación y posterior consolidación de la marca.»

Esta participación del público había sido puesta ya de relieve hace casi medio siglo por ISAY (2), quien contemplaba en la marca, junto a las funciones de indicar el origen de la mercancía y garantizar su calidad (para las cuales no es precisa la cooperación del público), otra de ser un medio de publicidad y propaganda. La doctrina moderna puntualiza más exactamente que la marca es un medio de convocatoria de la clientela, con fuerza a veces incontrastable, atribuida por la propaganda que la ha introducido en la inteligencia y la voluntad de los consumidores. La publicidad, por sí sola, es capaz de centuplicar las ventas de una marca y crearle un público devoto. La marca es en tal planteamiento el pivote sobre el cual gira el reclamo y despierta en torno a ella, a medida que se van practicando sucesivas inversiones en propaganda, una serie de apertencias y reflejos condicionados. La marca adquiere un valor separado del producto al cual se aplica, de su calidad y origen; un valor que expresa la demanda creada por la propaganda, que es el alma del comercio actual. Un valor tal que entonces la marca puede servir como colector de clientela aplicada a otro producto distinto e incluso muy lejano del originario: simplemente por las reminiscencias que despierta en la subconciencia o la conciencia de los consumidores. Cuando la propaganda se emplea en una marca con intensidad e ingenio, el valor de convocatoria de clientela de ésta puede llegar a ser muy elevado, y tan desvinculado del objeto como lo sería cuando la publicidad versa sobre un producto que todavía no ha aparecido en el mercado, cuyas virtudes no son conocidas realmente y sí sólo ponderadas mediante el anuncio: el signo llega a tener valor por sí, separado de la mercancía a la cual se aplicará luego.

La defensa de la marca es entonces la salvaguardia del patrimonio mercantil, que representa la unión del signo con el producto contemplada por el público: en definitiva, la defensa de la propia clientela y de la que potencialmente puede llegar a serlo.

No quiero decir con esto que la clientela sea una *cosa* sobre la cual se puedan tener derechos reales, ni tampoco tiene autonomía en sí, pues siempre se es cliente *per relationem*, es decir, de una determinada empresa o comprador de cierto producto. La clientela representa un valor de la empresa o el producto, pero quien es dueño de aquélla o monopoliza la fabricación de éste no tiene un derecho que le permita mantener un

(2) *Die Selbständigkeit des Rechts an der Marke*, en *GRUR.*, 1929, págs. 23 y siguientes.

volumen determinado de clientela. Esta «pertenece» a quien pueda tomarla, porque nuestro régimen es de competencia económica y libertad. Cuando un fondo de comercio se vende, por ejemplo, el valor del mismo se determina en función de la clientela y de los beneficios que ésta procura; pero es evidente que el cesionario no goza de ningún derecho que le asegure la continuidad de esta clientela; sólo de un derecho de crédito contra el cedente bajo la forma de una prohibición de volverse a establecer: derecho que es un crédito contra una persona determinada y no una pretensión frente al público en general.

El derecho a la marca no sujeta, pues, a la clientela, y en ese sentido no es un derecho sobre ella. Pero sí regula la conducta de los competidores en el ámbito más importante de la captación de clientes. La ley conserva al empresario, mediante la tutela de la marca, los frutos de la actividad empresarial, o sea, el llamado *valor de equipo* del fondo de comercio, que se ha acumulado en él sobre la base de una serie de experiencias satisfactorias de la clientela (valor acumulado en la marca); de la correspondencia del producto con los gustos del público (y, por tanto, sobre la base de una experiencia que justifica la confianza); y también merced al eventual valor intrínseco de la gestión del signo por el empresario; a las inversiones en propaganda de cualquier clase; al esfuerzo para suscitar la demanda y satisfacerla, todo lo cual constituye la razón de ser de la marca, que no es el mero efecto de la formalidad de una solicitud ante el Registro y la consiguiente inscripción, sino el resultado de una labor y un esfuerzo, merced a los cuales un número más o menos grande de personas no sólo relaciona la marca con el producto, sino que demanda el de tal marca cuando (en intervalos más o menos largos, acaso todos los días) precisa la mercancía correspondiente.

Mas la identificación del producto con la marca no impide que la adscripción de la clientela sea no una mera palabra o unas imágenes, sino, a través de ella, a una empresa que, a la vez, es fuente de la mercancía y—habitualmente—causante de la correlación, en la mente del público, entre marca y producto. Todo esto habrá de ser tenido en cuenta al interpretar la legislación aplicable a los problemas cuyo estudio va a ocuparnos.

II. PRESUPUESTO DE LA TITULARIDAD DE LA MARCA: LA CONDICION DE «PRODUCTOR»

En la mayor parte de los países la marca ha de pertenecer a una empresa: un simple particular, por capricho, no puede registrar una marca, que no podría poner sobre mercancía que no produce. La marca puede:

ser registrada exclusivamente por los industriales y comerciantes para sus productos.

Así, en Alemania, según el artículo 1.º de la Ley de Marcas, no se puede someter una marca a registro sino por quien quiera servirse de ella en su explotación industrial o comercial para distinguir sus productos de los de otro. Este texto se interpreta en el sentido de que es preciso, en principio, que exista una explotación de los productos que la marca está destinada a caracterizar. Supuesto que la Oficina de Patentes haya admitido erróneamente que el requirente posee una empresa correspondiente a una marca que solicita, cuando en realidad no ocurre así, el signo es susceptible de ser anulado de oficio. Por otra parte, si la empresa desaparece después del registro, cualquier tercer interesado puede solicitar la eliminación en los términos del artículo 11 de la ley citada.

También Bélgica, Holanda e Italia (por no citar sino países de la Comunidad Económica Europea) han quedado hasta el presente fieles al principio de la conexión de la marca con la empresa. En estos países no toda persona jurídicamente capaz puede apropiarse y conservar una marca, sino sólo si ejerce personalmente una actividad industrial o comercial. Dicho de otro modo, el titular no puede ser sino un productor: debe constituir una «empresa». Por supuesto, la necesidad de conexión entre marca y empresa no veda el registro de marcas destinadas a una explotación futura, o las llamadas «de defensa», ni tampoco el registro de marcas por las sociedades llamadas «de cartera», que no ejercen ellas mismas actividad mercantil, pero pueden ser titulares de los signos que emplean sus filiales (3).

En cambio, en el Derecho francés no es en modo alguno indispensable, para ser regularmente titular de una marca, estar en posesión de una empresa industrial o comercial. Desde el momento en que el signo es válido podrá ser registrado y apropiado por cualquiera que goce de capacidad jurídica; la marca podrá pertenecer a personas físicas no comerciantes o a una sociedad desprovista de actividad comercial o industrial propia.

En España, si se atiende al artículo 121 del Estatuto de la Propiedad Industrial, se debe exigir la condición de «productor», es decir, elaborador o vendedor. Según el artículo pueden hacer uso de las marcas y registros a los efectos del Estatuto: «a) Todos los fabricantes y comerciantes, agricultores, ganaderos y, en general, todos los *productores*, sean personas individuales o jurídicas, para distinguir los productos y produc-

(3) Véase, sobre el tema, FERNÁNDEZ NOVOA, «En torno a la cesión libre de la marca, y sus consecuencias», en *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, año 1968, número 30, págs. 31 y ss.

ciones que entregan al mercado para su utilización, cualquiera que sea la forma de ésta y la índole del producto.» El Estatuto ha extendido la posibilidad de solicitar una marca a quien no es comerciante en sentido legal, pero es «productor», es decir, en sentido económico, empresario. Ciertamente, conforme al apartado segundo del artículo 149, si la oposición formulada al registro de una marca «se funda en que el solicitante no reúne la calidad de productor, comerciante o fabricante, o el Registro así lo estimare conveniente, se podrá exigir su demostración o justificación antes de la concesión del registro con certificación del Registro Mercantil o la presentación del recibo de la contribución»; precepto que no sirve para considerar la condición de «productor» como algo accidental que pueda exigirse o no arbitrariamente en el Registro, y que significa, en cambio, que si el oponente alega que le falta la calidad de productor al solicitante de la marca, habrá de exigirse necesariamente la demostración de tal calidad, mientras que aun sin tal alegación, el Registro podrá pedirla «si lo estimare conveniente».

La necesidad de la condición de «productor» se deduce, finalmente, del artículo 1.º del Estatuto, cuando habla de «productor, fabricante o comerciante».

Sin embargo, la interpretación jurisprudencial es vacilante.

En el terreno de la jurisprudencia civil es importante, primeramente, la sentencia de 23 de marzo de 1945, en la cual se afirma, en contra de la tesis aquí defendida, «que para solicitar y obtener el registro de una marca no impone la ley ninguna comprobación o declaración especial relativa a la posesión de la industria a la que la marca haya de aplicarse, ni a la intención del peticionario de utilizar efectivamente la marca para la fabricación o comercio de los productos a los que la misma se refiere, como lo comprueba el propio artículo 10 del Estatuto..., ya que al establecer este precepto que *todo español o extranjero, bien sea persona natural o jurídica, que pretenda establecer o haya establecido en territorio español una industria nueva con arreglo a las leyes vigentes, tendrá derecho a su explotación exclusiva durante cierto número de años, en las condiciones que se fijen en el Decreto-ley, y siempre que cumpla con los preceptos del mismo, y, por tanto, podrá solicitar el registro de patentes, marcas, etc.*, da a entender claramente que no es la explotación de la industria requisito previo para que el registro sea concedido». El argumento, como se ve, se concreta a la no necesidad de tener previamente la condición de comerciante, pero en un caso en el que la dispensa de este requisito es en atención a que el solicitante se propone tener tal condición; las marcas, bien se ve, se conceden acaso antes de iniciarse la producción y, por tanto, de tener la cualidad de productor, porque pueden ser una condi-

ción de la producción misma; pero de ahí no se deduce que la marca se puede conceder a cualquiera, sino a quien tenga la cualidad de productor o pida la marca en vista de una condición que va a tener inmediatamente.

Algunos datos más aparecen en el campo de la jurisprudencia contenciosa. En relación con la Ley de Propiedad Industrial anterior al Estatuto, la de 1902, dice la sentencia de 2 de octubre de 1910 que «si bien parece notorio que el artículo 6.º, al decir que podrán solicitar marcas los que con ellas pretenden distinguir la producción a que se dediquen, y el artículo 23, al preceptuar que podrán hacer uso de la marca los fabricantes para distinguir los productos de su fábrica, parecen encaminarse a que las marcas no se concedan sino a los que sean fabricantes, es lo cierto que la Administración, con arreglo al texto expreso del artículo 23 del Reglamento y, sobre todo, al 74 de la Ley, no tiene que exigir previamente, con carácter preceptivo, la prueba de aquel hecho; de donde se deduce que no es tan esencial que su falta sea motivo para anular la marca que fuese registrada, con tanta más razón cuando, como aquí sucede, no perjudica a tercero, porque ningún otro alega estar en posesión de la concedida y sufrir la competencia». Vale, en relación con esta sentencia, la argumentación alegada para la anterior.

Poco tiempo después, la sentencia de 16 de junio de 1911 parece exigir la justificación de la condición de fabricante del producto de que se trate para que un solicitante pueda registrar la marca.

La sentencia de 11 de junio de 1932, ya sobre el Estatuto y sirviendo de precedente a la sentencia de 23 de marzo de 1945 civil citada, dice que «los términos en que se halla redactado el artículo 149 del texto refundido demuestran que la justificación de la calidad de comerciante que solicita la marca es una facultad de la Administración, no una obligación que necesariamente haya de cumplir, por lo que al no haberse pedido por la oposición esa justificación ni haber estimado el Registro la conveniencia de aportarla, falta la base para estimar que el procedimiento administrativo seguido adolece de vicio alguno de nulidad».

La sentencia de 24 de marzo de 1934 insiste en que «la demostración de que el peticionario sea fabricante o comerciante es, a tenor del artículo 149, potestativo de la Administración el exigirla cuando abrigue duda acerca de la calidad del solicitante respecto a tal extremo».

En cambio, la sentencia de 13 de octubre de 1952 considera que «puestos en relación los artículos 120, a), y 149, párrafo final, de la vigente Ley de 1929, se echa de ver que no puede ser concesionario de una marca quien no aparece inscrito como comerciante en el Registro Mercantil o, al menos, satisfaga la contribución correspondiente a Hacienda, y como ni al expediente gubernativo ni a los autos se han aportado

los diversos elementos probatorios, forzoso es deducir lógicamente que el Ministerio de Industria ha otorgado la marca indebidamente, sin reparar en que el peticionario carecía de condiciones para ello».

En realidad, la exigencia del Estatuto es muy clara y la posesión de la cualidad de comerciante o «productor» no es en él un requisito que pueda cumplirse o no según criterio de la Administración, sino una condición personal del solicitante del Registro, que la Administración podrá comprobar o no, pero que no poseída inhabilita para ser titular de una marca y, por tanto, produce la nulidad absoluta de la concesión, como acto contra ley (art. 6 del Código civil).

La tesis contraria da lugar a los conocidos abusos del registro de marcas con la finalidad de dificultar después su posible solicitud por quien siendo comerciante se propone realmente usarlas, haciéndole pagar por ello.

Finalmente, como dice ROUBIER (4), «lo que hace el valor de una marca y legitima su propiedad exclusiva es su uso para un producto determinado, al no ser la marca nada separada de la mercancía a la cual deben distinguir; no cabría admitir que un comerciante o un industrial acapare, mediante su registro, el uso ulterior de denominaciones o marcas que no serían en realidad la designación de ningún producto. Una marca de fábrica está hecha para individualizar. Algunos hacen observar también, no sin razón, que la situación puede ser más grave en ciertos respectos para la marca que para la patente, pues si ésta no es explotada, el perjuicio no es sino de corta duración; pero si la marca no es explotada, la prohibición puede ser ilimitada en el tiempo».

III. LOS DERECHOS EXTRARREGISTRALES SOBRE LA MARCA

1. LA DUALIDAD DE DERECHOS EN LA LEY DE 1902

El Real Decreto de 20 de noviembre de 1850 dio lugar, en tema de titularidad sobre la marca y al establecer su registro, a una dualidad de especies y tratamientos, que pasa más perfilada a la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902. Tal dualidad se plantea especialmente en el primer párrafo del artículo 30 de esta última, a cuyo tenor «la propiedad de las marcas está equiparada a la de los bienes muebles. Los modos de adquirir esta propiedad son los reconocidos por el Derecho

(4) *Le Droit de la propriété industrielle*. II, París, 1952, pág. 617.

civil; mas para quedar amparado por la presente ley será indispensable haber obtenido el correspondiente certificado título de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial». Hay aquí dos grados de «propiedad» de la marca: la que podemos llamar «civil», obtenida por los modos del Derecho civil y cuyo nivel de protección no se especifica en el texto legal, y la «civil-registral», es decir, la misma propiedad civil adquirida por los modos del Derecho civil, pero luego inscrita además en el Registro, condición indispensable para que quede «amparada por la presente ley»; entiéndase, amparada por la totalidad de los mecanismos previstos en la ley especial, pues algunos de ellos pueden jugar en favor del mero titular «civil» por su identidad con los que desde antes de 1850 ponía a disposición de éste, en cuanto titular de un derecho equivalente al de propiedad sobre bienes asimilados a los muebles, el Derecho civil ordinario. O sea, si existe una «propiedad civil» distinta de la registral, no hay duda de que aquélla se halla defendida por acciones equivalentes a las del dominio de una cosa mueble; acciones semejantes a las de recuperación y a las de indemnización; acciones civiles, porque las penales sólo se otorgan por el Código penal para las infracciones relativas a los bienes corporales, y las administrativas requieren tener una titularidad registral.

Pese a la proclamación del artículo 30, 1.º, de que «los modos de adquirir la propiedad de la marca son los reconocidos por el Derecho civil», en cuanto a los originarios, los modos civiles clásicos son de dudosa aplicación y parecen sustituidos por el que establece el artículo 30, 2.º: «El dominio de la marca prescribirá a los tres años de posesión no interrumpida con buena fe y justo título.»

La Ley de 1902 admite aquí, pues, junto a la marca registrada, la titularidad adquirida por posesión trienal de la marca no registrada, acaso pensando que tal posesión fuera como una especie de equivalente jurídico (de efectos más reducidos) de la inscripción en el Registro. No es que no se haya adquirido antes un derecho sobre la marca por la creación o elección y el uso inicial, pero resulta claro de la ley que lo obtenido antes del trienio no es lo que ésta llama «el dominio» y que reserva a la marca usada por más de tres años.

Si entonces el derecho pleno sobre la marca no se adquiere hasta pasados tres años, de ahí se deduce que en tema de marcas no hay propia ocupación como modo de adquirir, tanto por la falta de corporeidad de éstas, que hace imposible una aprehensión propiamente dicha y localizada, como por el necesario plazo trienal. Lo que hay, cuando una marca comienza a usarse, es una titularidad de orden inferior, si bien no se trata de mera posesión, pues su defensa no se halla fundada en el mero

hecho de poseer ni es su protección meramente «posesoria», sino, en algún aspecto, una suerte de acción publiciana; parece que quien ha comenzado el uso de la marca, por ejemplo, hace dos meses o dos años, podrá impugnar el registro por un usuario ulterior, no como perturbación de una situación posesoria propia, sino de un derecho que se halla en trance de consolidar, ya adquirido en germen. No hay, como en la *possessio ad usucapionem*, una situación claudicante, que puede interrumpir un tercero de mejor derecho, porque de momento no existe este tercero; tampoco nos hallamos, por tanto, ante la usucapión como modo de adquirir. El presente es un modo *sui generis*, correspondiendo a una clase de bienes igualmente específica, desconocida para la jurisprudencia romana y sin verdadera trascendencia hasta el siglo pasado. No confiere el derecho pleno por el solo uso inicial de la marca: el que correspondería aproximadamente al papel que desempeña la ocupación para los bienes muebles. Pero la ulterior colocación del derecho tras un período de tiempo no se funda en una posesión recibida de otro o arrebatada a otro, sino precisamente en lo que la doctrina antigua llamaba «ocupación»: el uso inicial del signo creado o elegido, no usado antes en el mismo renglón de mercancías.

La jurisprudencia relativa a la Ley de 1902 no es muy expresiva, mas todavía hallamos algunas sentencias que aluden a la creación de la marca como medio de adquirir su titularidad.

Según la sentencia de 10 de abril de 1913, «la creación de un signo o marca para distinguir los productos de una fábrica o industria de otros de la misma especie constituye por sí sola un medio de adquirir la propiedad y gozar el derecho al uso de tal distintivo, como cosa susceptible de apropiación y comprendida en el concepto de bienes muebles, según lo establece el artículo 335 del Código civil», por lo que el primer usuario tenía la propiedad adquirida de la marca cuando la sociedad recurrente solicitó y obtuvo el registro de igual marca. Según las sentencias de 19 de abril de 1913 y 22 de mayo de 1915, la inscripción en el Registro se encamina «a amparar y proteger el crédito industrial», y por eso, «por la misma razón a que obedecía, la ley no podía privilegiar, por el mero hecho de registrarlo, un distintivo que anteriormente fuese empleado y conocido en los mercados como propio de otro productor, y a ello obedece lo dispuesto en el artículo 30, según el cual no es la propiedad de la marca lo que se crea por el hecho de su incorporación al Registro, sino los privilegios que mediante el mismo se otorgan a aquélla, quedando subordinada la adquisición del dominio a la posesión no interrumpida con buena fe y justo título durante tres años; limitación que revela y evidencia el propósito del legislador de dejar a salvo los derechos de tercero

que dentro del trienio acudiese a reclamar su prioridad en el legítimo uso de tales signos de crédito y demostrar su posesión o dominio». Finalmente, la sentencia de 5 de mayo de 1930, que aun dictada después de la vigencia del Estatuto de la Propiedad Industrial aplica la Ley de 1902, afirma que «las marcas y nombres comerciales constituyen una propiedad tan legítima como cualquier otra, que se adquiere por cuantos modos reconoce el Derecho civil, siquiera por su importancia para el comercio y la industria haya habido necesidad de dedicar a ella leyes especiales protectoras...», y la Ley de 1902 «respeta la adquisición de aquélla por cualquier título de Derecho civil—uno de los cuales es la creación y uso—, se haga o no la inscripción garantizadora en el Registro de la Propiedad Industrial, que dicha ley no impone con carácter obligatorio, y si se hace origina únicamente una presunción *iuris tantum* de propiedad, que sólo puede consolidarse por la posesión de tres años no interrumpida desde la inscripción con buena fe y justo título, como terminantemente previene el artículo 30 para las marcas».

Junto a la titularidad meramente civil y a la civil registral, totalmente completa y eficaz, coexiste en la Ley de 1902 la titularidad únicamente registral, que la doctrina y la jurisprudencia han dejado de lado casi siempre, pero que se da, inevitablemente, cuando un titular registral de marca no ha realizado su adquisición válida por los modos de Derecho civil.

2. LA PLURALIDAD DE SITUACIONES EN EL ESTATUTO

Elemento fundamental en orden a la fijación de la esencia de la marca es el artículo 1.º del Estatuto: «Propiedad industrial es la que adquiere *por sí mismo*... el productor, fabricante o comerciante con la creación de signos especiales, con los que aspira a distinguir de los similares los resultados de su trabajo. La ley no crea, por tanto, la propiedad industrial y su función se limita a reconocer, regular y reglamentar, mediante el cumplimiento de las formalidades que en esta ley se fijan, el derecho que por sí mismos hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad de la invención, del uso o del registro, según los casos.» Es decir, que la *creación* de signos especiales sirve para adquirir la llamada «propiedad industrial» sobre los mismos: no, desde luego, por la sola creación, pero sí, «según los casos», mediante la prioridad del uso o bien la del registro; al parecer, esto último cuando compiten dos solicitantes del registro de la misma marca que no alegan uso. La marca no es, pues, un *quid* creado por el Registro, y ello en caso alguno, pues este organis-

mo se limita a conferir un mejor derecho por el hecho de la prioridad en la solicitud de inscripción (a falta de uso) o el preuso, pero no vale para *fabricar* el derecho.

De donde se deduce que para el Estatuto, lo mismo que para la Ley de 1902, la existencia del Registro produce, al menos, una dualidad de derechos sobre la marca, según se hallen registrados o no.

No obstante, un sector considerable entre los mercantilistas españoles piensa que el derecho a la marca nace únicamente a virtud de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial. Así, GARRIGUES (5), para quien «la reglamentación legislativa de las marcas puede fundarse en uno de estos principios: o en el principio de la inscripción (el uso de la marca se protege con carácter exclusivo sólo cuando ésta se inscribe en el Registro), al que responde nuestro Derecho en este punto, como en la materia de nombre comercial, o en el principio de la vigencia en el tráfico». Según URÍA (6), «la obligación de registrar las marcas atribuye o confiere a dicho Registro efectos constitutivos; el uso de las marcas no registradas no está protegido y no podrá servir de fundamento para impugnar el registro concedido a favor de quien, aun sin uso, haya conseguido la prioridad registral de la marca creada y usada por otro». Y para VICENTE GELLA (7), la marca «se adquiere en España... mediante su inscripción en el Registro».

Estas aseveraciones no podrían provenir de ningún estudio fundado del Estatuto y, en efecto, más bien parece que nuestros mercantilistas, sugestionados por la doctrina alemana, habrían acomodado a ella, de modo automático y sin mayor reflexión, lo que ellos creen Derecho positivo español.

«La lectura—hace notar FERNÁNDEZ NOVOA (8)—del título III del Estatuto de la Propiedad Industrial, que es el título destinado específicamente a regular las marcas, parece confirmar la tesis de que en el actual ordenamiento español el nacimiento del derecho sobre la marca viene determinado exclusivamente por la inscripción registral. En efecto, el título III del Estatuto alude tan sólo a la marca registrada: no menciona ni regula la marca no registrada, pero empleada *de facto* por un empresario para diferenciar sus productos en el mercado. Dentro del título III, es altamente significativo a este respecto el artículo 120. El párrafo 1.º de este precepto dispone, en términos muy expresivos, que *será obligatorio el registro de todas las marcas destinadas a distinguir un producto*,

(5) *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 1, Madrid, 1947, pág. 278.

(6) *Derecho Mercantil*, Madrid, 1964, pág. 58.

(7) *Curso de Derecho Mercantil comparado*, Zaragoza, 1960, pág. 324.

(8) «El nacimiento del Derecho sobre la marca», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1966, II, pág. 222.

cualquiera que sea su cluse y naturaleza; y el párrafo 2.º del mismo artículo castiga a los que incumplieren tal obligación con las multas que se determinan en los artículos 136 y 137 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902.»

Pero el artículo 120 no sienta ningún principio de eficacia constitutiva de la inscripción, sino de la obligatoriedad, lo cual es muy distinto. El precepto, criticado unánimemente y que, en opinión de DÍAZ VELASCO (9), incurre en lamentable confusión entre el uso obligatorio de ciertas marcas y el registro obligatorio de aquellas otras que voluntariamente se usen, podrá obligar a inscribir la marca, pero su única sanción para los infractores es una multa de reducida cuantía.

Mayor fuerza argumental podría tener el artículo 7 del Estatuto, a cuyo tenor «las patentes, las marcas y las modalidades comprendidas en este Decreto-ley constituyen un derecho, cuyo reconocimiento dimana de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial, representado por el certificado que se expide». Más aún, aquí se habla de un *reconocimiento* del derecho, expresión menos terminante que la del artículo 7 de la Ley de 1902 («el derecho se adquiere mediante la concesión por el Gobierno de un certificado o título de la marca»); para ser reconocido ha de existir ya un derecho con anterioridad a la inscripción y, por tanto, la marca existe antes de ella, si bien necesitada de un *reconocimiento*, que surge del propio registro. En rigor, el precepto nada dice sobre la suerte de aquellos derechos que no sean objeto de reconocimiento, y puede pensarse—y así es—que les niega la total protección específica presupuesta en el Estatuto para el derecho inscrito, pero no la que pudiera prestarles la ley civil (se halle mencionada o no esta protección en el Estatuto), en su concepto de derecho subjetivo no registrado.

Tal es, con mayor claridad, el sentido del artículo 123 del Estatuto, equivalente al 32 de la Ley de 1902, acerca del cual ya he hecho algún comentario: el precepto señala la protección que la ley concederá al titular inscrito, pero calla absolutamente acerca de la tutela del que no figura en el Registro.

Mas, sobre todo, la existencia de un derecho sobre la marca prescindiendo de la inscripción en el Registro viene demostrada por el artículo 14 del Estatuto, a cuyo tenor «el certificado de concesión del registro de una marca y el nombre comercial constituye una presunción *iuris tantum* de propiedad. El dominio de la marca se consolida a los tres años de efectuado el registro y su explotación no interrumpida o de su quieta posesión con buena fe y justo título».

(9) «El régimen de la propiedad industrial», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1946, II, pág. 132.

«Para quedar amparado por el presente Decreto-ley será indispensable haber obtenido el correspondiente certificado de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial.»

El apartado segundo ha de interpretarse en el mismo sentido que el artículo 7.º: la protección descrita en el Estatuto ha sido proyectada para la marca que figura en el Registro, mientras la que vaga fuera de él no recibe una tutela específica, sino la que se deduce de su condición de derecho absoluto.

Mayor interés ofrece, a nuestro propósito, el apartado primero. Cuando en él se dice que «el dominio de la marca se consolida» a través del cumplimiento de las condiciones allí señaladas, se alude a la titularidad más plena y completa, la que lleva consigo la integridad de la protección en todos sus aspectos. En efecto, ni fuera del Registro ni dentro de él, pero no cumpliendo las condiciones del artículo 14, es posible alcanzar un grado de tutela igual. En la mente del autor del Estatuto hay, como digo, una forma suprema, un grado más alto de titularidad, que es el «dominio consolidado». Pero ese mismo concepto reclama la existencia de otras titularidades de orden inferior, que podríamos denominar ahora, para entendernos, «dominio no consolidado», y que consistirían en el «dominio» que no cumple alguna de las condiciones del artículo 14, 1.º

Dicho precepto, al hablar de que el dominio se *consolida*, implícitamente reconoce la existencia antecedente de un dominio anterior a la consolidación, es decir, al cumplimiento de las condiciones legales. Y si éstas son la posesión trienal con buena fe y justo título (o la explotación ininterrumpida) y, cumulativamente, la inscripción en el Registro, de ahí se deduce que existen «dominios no consolidados» cuando:

a) Una marca ha sido registrada por el explotador o poseedor, pero no ha cumplido el trienio, o habiéndolo cumplido, faltan el título o la buena fe.

b) Una marca ha sido registrada, pero no se halla explotada ni poseída por el titular del registro o éste no tiene (inicialmente) título o buena fe (sobre los conceptos de *posesión* o *explotación*, *título* y *buena fe*, trato *infra*, V).

c) Una marca explotada o poseída no se halla registrada por el explotador o poseedor.

d) Una marca que se halle registrada por unos, fue inicialmente explotada por otros, quienes lo hicieron con anterioridad a la fecha de la inscripción. Para que esta anterioridad tenga valor impeditivo de la «consolidación» es preciso que la marca se halle registrada desde hace menos de tres años o que los titulares registrales no la hayan poseído con título y buena fe.

IV. PRIMER USUARIO VERSUS TITULAR REGISTRAL

1. VALOR PREFERENTE DE LA ANTERIORIDAD

El rango preferente de la posición de «primer usuario» se halla reconocido implícitamente en diversos textos del Estatuto. Cuando el artículo 14 asevera que «el certificado de concesión del registro de una marca constituye una presunción *iuris tantum* de propiedad», o cuando el artículo 12 dice que «la concesión de las diferentes modalidades a que se refiere el presente Estatuto se otorgará sin perjuicio de tercero», lo hacen pensando no sólo en los titulares registrales cuyo derecho, por inadvertencia, pudiera infringir el nuevo asiento, sino también, y sobre todo, en los titulares extrarregistrales. Así resulta de la interpretación de la Ley de 1902 por la doctrina y la jurisprudencia.

Ese *tercero* puede ser así el usuario no registral de la marca cuyo derecho es anterior al registro. No hay ningún precepto en el Estatuto que salvaguarde expresa y concretamente tal derecho, pero ello se desprende con tanta claridad de la historia de la ley y del sentido de los artículos 1.º y 14 del Estatuto, que la jurisprudencia y la doctrina se hallan de acuerdo en conceder preferencia al primer usuario de la marca, titular extrarregistral, frente al segundo que consigue el registro de ella, al menos en los primeros tres años a partir de la inscripción.

La posición del primer usuario no tiene más defensa, frente al titular inscrito, que la civil; pero esta defensa es suficiente para eliminar el aparente derecho del titular inscrito y, consiguientemente, rectificar el Registro.

No se trata simplemente de que tal primer usuario tenga un derecho adquirido en el campo de la competencia, de modo que sus infracciones sólo puedan combatirse desde la defensa contra la competencia desleal. En su momento veremos que el primer usuario (y aun no siendo el primero) que incorpora al acervo de su empresa una marca valiosa por haber adquirido lo que los alemanes llaman «notoriedad en el tráfico», adquiere derecho sobre la marca por cuanto el hacer uso de ella otro cualquiera, aunque la tenga inscrita a su favor, supondría competencia desleal (protección a la *Ausstattung*). Pero aquí se trata de algo más: del derecho de todo primer usuario de una marca, cualquiera que sea el grado de conocimiento de ésta por el público, a impugnar la concesión de registro en favor de otro.

Nuestra jurisprudencia civil ha dado interpretaciones diversas a éste derecho del primer usuario en el Estatuto.

Según la sentencia de 25 de febrero de 1941, «el artículo 1.º del citado Estatuto declara que (la marca) puede adquirirse por prioridad de uso, hágase o no la inscripción en el Registro, puesto que la inscripción no la impone la ley con carácter obligatorio», y en el caso, el Tribunal aprecia la prioridad en favor del reclamante, frente a la inscripción del demandado.

Sentencia de 23 de marzo de 1945. Otorgándose la concesión de la marca sin perjuicio de tercero (art. 12), «pueden éstos impugnar la legalidad y validez de la marca por medio de la correspondiente acción anulatoria, sin que en tal caso pese sobre el demandado, protegido por su doble posición procesal y registral, la carga probatoria de la posesión de la marca que el presente recurso quiere atribuirle, pues es a cargo del que ha de demostrar la existencia de las circunstancias que hayan podido viciar aquella concesión». Así, pues, la posesión de la marca (posesión real y efectiva) se presume a partir de la inscripción, pero está admitida la prueba en contrario.

Conforme a la sentencia de 6 de mayo de 1955, «del artículo 14 del Estatuto se infiere que si el certificado de concesión no lleva tres años de vida registral, cual ocurre en el caso ahora enjuiciado, y, por tanto, no se ha consolidado el dominio a favor del inscribiente, la presunción *iuris tantum* de propiedad de la marca... puede ser desvirtuada mediante prueba que justifique la adquisición por un tercero de la titularidad extrarregistral, mediante su uso o queta posesión con buena fe y justo título, mantenido dicho uso fuera del Registro mediante el tiempo preciso para adquirir el dominio por prescripción». Se exige aquí al primer usuario una especie de prescripción trienal, que en realidad la ley no reclama.

Sentencia de 8 de mayo de 1956. Dice que «si, como expresa el artículo 1.º del Estatuto, una de sus finalidades es reglamentar el derecho que hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad de la invención, del uso o del registro..., es indudable que el Decreto de 3 de febrero de 1945, que con carácter reglamentario modifica el Estatuto, en el sentido de hacer obligatorio el registro de todas las marcas..., no excluye la posibilidad de que el certificado-título de inscripción de una marca industrial... pueda ser impugnado por un tercero, puesto que, según el artículo 12 del Estatuto, se otorga sin su perjuicio, y la presunción *iuris tantum* de su propiedad, que el inscribiente tenga a su favor mientras no consolide el dominio..., es impugnable e invalidable a instancia de quien se crea con derecho a tal distintivo y pruebe de manera eficaz y conveniente el uso extrarregistral por su parte o queta posesión con buena fe y justo título durante el tiempo necesario para poder adquirir el dominio por prescripción, o sea, que quien impugne la inscripción de la marca acredite que antes de producirse ya había adquirido la propiedad por el

medio indicado». Como se ve, se vuelve a exigir al primer usuario haber adquirido por usucapión la marca antes que se haya producido la inscripción contraria (al menos, el trienio parece que debe tenerse en el momento de la impugnación, aunque se haya producido la inscripción). «Si la marca inscrita no se ha arraigado en dominio por el transcurso del trienio legal con el aludido requisito de explotación, y es combatida la inscripción antes que pase o fenezca tal plazo por el usuario de una marca idéntica..., el propio artículo 14 no elimina su derecho a que se le reconozca la propiedad de la marca de su uso desde el momento que admite que el dominio de la misma se adquiere también por la quieta posesión de buena fe y justo título, que será la propia posesión de la marca de manera continuada e ininterrumpida en concepto de dueño por el plazo legal.»

Aisladamente, la defectuosa sentencia de 18 de marzo de 1960 decide que puesto que la anulación de marcas ha de regirse, ante todo, por el artículo 124, que enumera taxativamente los motivos de anulación, entre los cuales no se cuenta la prioridad de uso ajeno, y puesto que el último párrafo del artículo 14 del Estatuto previene que para lograr el amparo de los Tribunales el reclamante precisa la obtención del correspondiente certificado de inscripción registral, no procede acoger su demanda. «Lo que aquí verdaderamente se discute entre las partes no es en realidad la nulidad de la marca concedida al demandado, sino la propiedad de la misma, la cual, por prioridad en el uso, pretende corresponderle al recurrente; declaración que únicamente por la citada vía extraordinaria de la acción reivindicatoria, mencionada en el artículo 13, puede éste lograr, pero no por la aquí utilizada de anulación del registro de marcas, la cual tiene vedada al no encontrarse el caso comprendido en ninguno de los supuestos del artículo 124.»

Según la sentencia de 29 de noviembre de 1968, «el artículo 7 del Estatuto no debe ser entendido en términos absolutos, pues, puesto en parangón con el artículo 14, se evidencia que si bien la inscripción de la marca produce plenos efectos desde la expedición del certificado de concesión contra cualquiera que con posterioridad la utilizase, es vulnerable a la reclamación que en el transcurso de tres años produzca un poseedor anterior, aun sin registro a su favor, por lo que se concede la prioridad al uso extrarregistral; pero la inscripción unida al transcurso de tres años no basta para consolidar el dominio de la marca, dado que dichos requisitos han de ir acompañados de la explotación no interrumpida de la misma o de su quieta posesión con buena fe y justo título, necesarios para que la presunción *iuris tantum* de propiedad concedida al titular por el hecho de la inscripción se convierta en *iuris et de iure*».

Entre el uso de la marca y el registro, como dos actividades diferentes, distingue la sentencia de 28 de abril de 1972.

2. LA LLAMADA «CONSOLIDACIÓN»

El artículo 14 del Estatuto muestra notables diferencias con el artículo 30 de la Ley de 1902. En lugar de sentar abiertamente, como ella, el principio de adquisición de la marca por las vías del Derecho civil, con la consecuencia ineludible de la mejor titularidad del primer usuario, se concreta a establecer una vía para la «consolidación» del derecho, que permita conseguir el máximo de tutela. Obsérvese que mientras el artículo 30 de la Ley de 1902 establece que «el dominio de la marca prescribirá a los tres años de posesión no interrumpida con buena fe y justo título», el artículo 14 es de un tenor bastante distinto: «El dominio de la marca —dice— *se consolida* a los tres años de efectuado su registro y de su explotación no interrumpida o de su quieta y pacífica posesión con buena fe y justo título.»

El «dominio consolidado» presupone, pues, la inscripción en el Registro y, además, adicionalmente, la explotación ininterrumpida o la quieta y pacífica posesión con justo título y buena fe.

No parece indispensable, en cambio, que la posesión subsiga a la inscripción. Al contrario, si es el titular el primer poseedor de la marca, la «consolidación» se produce en cuanto coincidan la inscripción y el trienio de uso. Es decir, si alguien usa una marca por tres años y luego la inscribe en el Registro, el artículo 14 se ha de interpretar en el sentido de la inmediata «consolidación» de la marca.

Y si, sin uso de otro, el titular registra la marca al tiempo que comienza a usarla, prácticamente podemos prescindir del trienio exigido por el artículo 14: en realidad, el titular inscrito, en quien coincide el primer uso de la marca, es titular pleno desde el primer momento. No es, pues, que todo titular registral haya de pasar por una especie de noviciado durante el cual no sea todavía titular material, sino que quien obtiene el registro, si es titular material de la marca no registrada, pasa inmediatamente a tener el «dominio consolidado» (pues la posibilidad de impugnación en el trienio siguiente falta por hipótesis); en cambio, si no es titular material—es decir, si es otro el que viene usando la marca con anterioridad—inicia una suerte de usucapión, cuyo cumplimiento extingue correlativamente las acciones del primer usuario: al cabo de tres años de posesión de la marca por el titular registral con buena fe y justo título queda sin vigencia la titularidad extrarregistral preferente.

Tal es el sentido de la sentencia de 8 de mayo de 1956 (civil), cuando explica que durante los tres primeros años de hallarse inscrita una marca «es impugnabile por quien prueba su uso extrarregistral o quieta posesión con buena fe y justo título durante el tiempo necesario para prescribir, o sea, que quien impugne la inscripción acredite que antes de producirse ya había adquirido la propiedad».

Obsérvese cómo esta sentencia requiere no ya la anterioridad del uso, sino el curso de tres años, requisito que no aparece en el Estatuto y que en la Ley de 1902 venía impuesto a otro propósito.

La sentencia de 28 de abril de 1972 (civil) se limita a advertir que antes de consolidarse el derecho inscrito por el curso de los tres años tuvo lugar la reclamación, mientras la sentencia de 15 de enero de 1973 (civil), en el conflicto entre la marca de la actora, registrada en 1930, que fue rehabilitada en octubre de 1963, y la de la demandada, registrada en junio de 1962, opta por la primera, advirtiéndole que la demandada no acredita los tres años de ejercicio.

Esta posesión para DÍAZ VELASCO (10) es simplemente la situación de titular registral indiscutido, es decir, que no ha sido demandado en reivindicación de la marca o para que se pronuncie la nulidad del asiento que existe a su favor. Pero aparte de que resulta muy difícil reducir el requisito de la posesión de buena fe a la situación de titular inactivo de un registro de marca, la exigencia, en nuestro ordenamiento, a estos efectos, de una posesión real y efectiva, consistente en el uso u otra actividad de gestión o empleo en torno al signo, viene impuesta con verdadero apremio por los antecedentes históricos: en el artículo 30 de la Ley de 1902, la posesión se halla referida inequívocamente al uso de la marca. Como dice FERNÁNDEZ NOVOA: «Esta ley exigía que el correspondiente signo fuese utilizado o, lo que es lo mismo, poseído con buena fe y justo título durante tres años no interrumpidos.» Y según PELLA (11): «Lo mismo que para toda otra prescripción adquisitiva regulada en el Código civil es necesario, cuando se trata de la adquisición por uso de una marca, que concurran las debidas circunstancias de buena fe y prescripción de este uso, para que llegue a producirse un estado posesorio de hecho que por el transcurso del tiempo adquiera fuerza de derecho.»

Cosa distinta es que al titular registral no sólo se le presuma *iuris tantum* «propietario», sino también poseedor, como ocurría en la Ley francesa de 1857. Pero tal presunción no podrá confundirse con el hecho de que la inscripción fuera un equivalente jurídico de la posesión.

(10) «Comentarios al vigente Estatuto sobre propiedad industrial». en *Revista de la propiedad industrial*, II, 1955, pág. 122.

(11) *Tratado teórico-práctico de las marcas de fábricas y de comercio en España*, Madrid, 1912, pág. 113.

Por lo demás, en un sistema como el nuestro, que tiene en cuenta la pertenencia material del derecho, no cabría despojar a un verdadero usuario en favor de quien se limita a tener su derecho inscrito sin ponerlo en uso.

Ciertamente, el artículo 14, 2.º, al contraponer—según la interpretación común—el conjunto «inscripción más explotación no interrumpida» al conjunto «inscripción más quieta y pacífica posesión», parece como si frente a la «explotación» contrapusiera otra «posesión», que por ser distinta de la «explotación» habría de consistir en la vigencia del asiento. Mas el término *posesión* no podría aludir sólo a esa vigencia sin explicarlo expresamente, porque ser titular de un asiento no es *poseer*. La posesión tiene un significado suficientemente preciso en el ordenamiento y, desde luego, no alcanza a unas situaciones que no son de *tenencia*, sino de *publicidad*, que es cosa distinta.

La jurisprudencia apenas se ha ocupado del tema. La sentencia de 4 de mayo de 1945 (civil), al negar toda posibilidad de vigencia de una marca fuera del Registro, parece admitir la posesión registral: «De admitirse que la marca puede vivir fuera del Registro frente a la que alcanza la protección de éste, resultaría que el titular de una marca registrada no gozaría en toda su extensión de la protección que la ley otorga, uno de cuyos aspectos es que la Administración impida que otra marca similar sea registrada en perjuicio suyo.» La sentencia no parece tener mucha importancia a nuestro efecto.

La sentencia de 2 de marzo de 1966 (civil) versa sobre un nombre comercial usado por determinada empresa durante un período superior a tres años, de manera pública y notoria, con buena fe y justo título. Inscrita una marca idéntica a ese nombre en el Registro de la Propiedad Industrial, por cierto con mala fe, entiende el Tribunal Supremo que la simple inscripción «nunca puede ser suficiente para interrumpir la posesión del nombre comercial, puesto que por su propia naturaleza no se dan los requisitos exigidos por el artículo 1.943 del Código civil para que la antedicha interrupción tenga lugar de una manera material y, además, porque tampoco ha mediado la circunstancia de la citación judicial requerida por el artículo 1.945». En el caso, además, el derecho al nombre no fue adquirido simplemente por el uso, sino como consecuencia de la inscripción en el Registro Mercantil de la razón social.

También los autores italianos destacan, en la consolidación, no la idea formal de vigencia de la inscripción registral de una marca no usada o insignificante, sino precisamente (por cuanto la posesión precisa para consolidar la marca es la posesión real) la idea de una marca inscrita que se usa y que no debe verse expuesta indefinidamente a impugnaciones.

SGROI (12) parte así del incremento progresivo del valor de la marca como consecuencia de la expansión y notoriedad en el mercado. «Truncar —dice— tal proceso de valoración económica, cuando el largo período transcurrido induce a creer que la marca está libre de impugnaciones, equivaldría a poner en manos de un tercero el destino de una empresa, siendo así que la prolongada inercia de este tercero puede ser el fruto de una negligencia inexcusable o del malicioso propósito de dañar a un empresario competidor, aprovechándose parasitariamente de los resultados de su penetración en el mercado a través de la marca impugnada.»

Finalmente, el requisito de la buena fe representa el desconocimiento de cualquier anterioridad vigente en el uso de la marca y, en general, la conciencia de ser exclusivo titular de ella, de que nadie más tiene derecho a ella, de que el propio derecho carece de contradicción. Dice, a este propósito, la sentencia de 27 de mayo de 1968 (contencioso) que cuando en la concesión de marcas, por error se ha cumplido mal una formalidad sustancial (en el caso, equivocación, al publicarlo en el periódico oficial, del nombre que se pretende registrar como marca), «no cabe disputar de buena fe la posesión de la marca, atendidos al concepto de aquélla en el artículo 433 del Código civil, ya que el interesado era sabedor de cómo quedó encubierto el otorgamiento por la falta de la publicación estatuida».

En cuanto al otro requisito, piénsese que la posesión sólo puede tener un «justo título», en el sentido del artículo 1.952 C. c., cuando ha sido adquirida por título derivativo, mientras, en principio, la marca se obtiene por el especial título originario del primer uso, o bien, de una manera más definitiva, mediante el uso y la ulterior «consolidación».

La palabra *título* entonces hemos de entenderla en el mismo sentido civilístico que tenía en el artículo 30 de la Ley de 1902 y referida, sin duda, a que el inicio de la posesión sea apto para conferir la titularidad de la marca, pues éste es el sentido que se deduce del artículo 1.952 aplicado a una adquisición originaria. «Justo título» significa que el usuario de la marca ha iniciado y proseguido el uso de ella mediante un acto de apropiación «justo», es decir, a la vez, adecuado para conseguir su propósito y jurídicamente válido.

3. LA SITUACIÓN MIENTRAS LA TITULARIDAD NO SE CONSOLIDA

Coexisten, de una parte, el derecho del titular del registro, que le confiere la inscripción, y, de otra, el derecho del titular material, que le confiere la anterioridad.

(12) «Profilo della convalidazione del marchio», en *Rivista di Diritto industriale*, 1958, I, pág. 275.

a) La protección a la marca registrada, conforme al artículo 123, se concede por el mero hecho del registro y sin necesidad de «consolidación». Tal precepto se halla redactado de modo muy claro en este sentido: «Todo aquel que obtenga un certificado de prioridad de marcas.» Sólo perderá el titular registral el derecho a la protección cuando se anule su asiento o bien se demuestre ante la jurisdicción civil o la penal la anulabilidad del mismo: la existencia del derecho material que inexactamente publica.

La inscripción registral, pues, confiere a su titular amplísimas facultades para hacer valer su derecho en los campos civil, penal y administrativo, pero no confirma por sí sola una titularidad que no depende exclusivamente del registro y, al contrario, en su raíz procede de causas no registrales (cfr. art. 14). Esto no origina ningún inconveniente porque la titularidad formal registral es bastante para cuantas actuaciones precise realizar el titular en beneficio o defensa del supuesto derecho, le pertenezca realmente o no, lo posea o no. Pero si hay un titular extrarregistral (material), es decir, si la titularidad inscrita es meramente formal, de los artículos 1.º y 14 del Estatuto se desprende que, sin perjuicio de que el derecho aparente valga como real mientras la inscripción no sea anulada o se compruebe en el proceso civil o penal la pertenencia del signo a persona distinta del titular (o de los derechos de otro sobre el signo), el derecho del titular material es, en definitiva, el preferente.

b) La situación del titular extrarregistral (preusuario) de la marca es una situación inferior a la que tenía antes de la introducción del Registro en nuestro ordenamiento: es ahora una marca deteriorada por relación a la que ha cumplido las formalidades administrativas.

Mas ello no supone que en nuestro ordenamiento la adquisición de la marca dependa hoy exclusivamente de tales formalidades. Hemos visto que la inscripción es precisa para invocar la protección de la ley especial, pero sin ella persiste, en principio, un derecho subjetivo civil fundado sólo en las leyes civiles, aunque con fuerza para preponderar, si se ejercitan en tiempo oportuno todas sus virtualidades, sobre el derecho inscrito que carezca de fundamento material o lo tenga de inferior condición.

Bajo la vigencia de la Ley de 1902, que—como hemos visto—equiparaba la marca a los bienes muebles y preveía su adquisición por los modos del Derecho civil, dejando la inscripción como una condición ulterior para alcanzar la tutela de la ley especial, por fuerza, en el *iter* adquisitivo de la marca, aparece con propia entidad y como expresión del derecho material la marca no registrada; también como situación de cualquier marca después de su nacimiento y antes de su registro.

En el Estatuto, la elección y el uso suponen igualmente la obtención de un «dominio no consolidado» de alguna entidad; de algo que en el tiempo anterior a la legislación sobre marcas y la creación del Registro era la titularidad más plena posible, y que ulteriormente, ante la titularidad registral, ha desmerecido; ha perdido intensidad aun en relación con su primitivo ser, pero sigue teniendo una entidad apreciable.

Como hemos visto, para algunas sentencias el derecho extrarregistral a la marca—el que comunica a su titular, primer usuario, la facultad de impugnar en los primeros tres años (o también después si falta la buena fe) la marca ulteriormente registrada—se adquiere por la especial usucapión del antiguo artículo 30 de la Ley de 1902, de tres años con justo título y buena fe. Fundamento de esta posibilidad de adquirir lo ve la sentencia de 29 de febrero de 1932, en los artículos 609 y 1.955 del Código civil.

Mas, en mi opinión, tiene cierta razón RAMELLA (13) cuando aduce que la marca se adquiere por «ocupación»: no se trata, evidentemente, del apoderamiento de un objeto corporal, pero el primer usuario de una marca adquiere por ese solo hecho una posición que representa una titularidad material sobre ella, sin que, al no tratarse de marca ajena, sea precisa la usucapión. Tal es, al menos, la situación que resulta del Estatuto, en el cual ningún precepto exige al primer usuario, para hacer valer su derecho frente al titular registral reciente o de mala fe, que lleve cierto tiempo de anterioridad, de donde se interpreta que es suficiente la anterioridad misma.

V. LA POSESION DE LA MARCA

1. SENTIDO DE LA POSESIÓN DE MARCA

La palabra *posesión*, aplicada a un bien inmaterial, como la marca, tiene necesariamente un significado distinto que la relativa a bienes materiales, sobre todo por cuanto la posesión de bienes inmateriales puede multiplicarse indefinidamente (con pérdida correlativa del valor económico del bien o sin ella). Debido a este carácter, la «posesión» de bienes inmateriales tampoco es idéntica a la de derechos sobre bienes corporales, la cual arguye, en alguna manera, una entidad física y un contacto con ella. En algunos aspectos recuerda a la llamada posesión de estado. En ella, perdido el aspecto del contacto físico, que engendra un derecho

(13) *Trattato della proprietà industriale*, II, Turín, 1927, pág. 90.

a la protección, resalta la producción de una apariencia mediante actos, no de contacto con un objeto tridimensional o una finca, sino de materialización de una idea que adquiere en algún modo una existencia física que sólo el creador (o su causahabiente) puede darle, porque se entiende que la tiene monopolizada.

No todas las variedades de la llamada «propiedad industrial» se poseen del mismo modo. Concretándonos ahora a la marca, la doctrina, que no suele profundizar mucho en el problema, se fija, sobre todo, en la perceptibilidad de la apariencia por el público consumidor. No basta entonces la creación de la marca para que haya *posesión*, pues mientras la marca permanece sin difundir, sólo los valores intelectuales (propiedad literaria o artística), frecuentemente nulos, pueden ser protegidos en ella, no la condición de signo distintivo. Incluso si elegida la marca estuviera ya preparado el primer *stock* de mercancías provistas de ella que se va a lanzar al mercado, la doctrina no reconoce aquí todavía la posesión; quien entonces apresure la puesta en venta de otros objetos con el mismo distintivo podrá incurrir en otras infracciones del género de la competencia desleal, pero no es un usurpador (civil) de la marca no registrada.

Para TROLLER (14), la posesión de la marca se produce «cuando una persona ha puesto en relación un signo (palabra, imagen o combinación de ambas) con sus mercancías, de modo que este signo y la mercancía aparecen como una representación unitaria en la conciencia de los clientes actuales o potenciales».

Es decir, que la marca no vale como tal sino en cuanto representa una vinculación, a los ojos del público, entre un signo y el producto fabricado por una empresa, hállese ésta identificada directamente o a través del producto mismo. El uso de la marca, su monopolio, carecen de sentido si no se orientan hacia la conquista y conservación de la clientela y se contemplan en función del efecto causado sobre ésta: la vinculación, en la mente de los posibles clientes, entre signo y producto, y a través de él, con la empresa.

Ahora bien, esa vinculación, que es un *quid* objetivado independiente del uso actual y resultado de una actividad duradera pretérita, no depende ya de ninguno de los centros productores: existe autónomamente y el «recuperarla» un nuevo centro productor sólo será posible a costa de suplantarlo al antiguo, modificando en tal sentido las concepciones del público.

La posesión de marca representa un paso más en relación con la posesión de cosas. Esta, del contacto físico con la cosa tal como lo ve el público, deduce una apariencia de propiedad: es así que Juan tiene la

(14) *Immaterialgüterrecht*, I, Basilea, 1968, pág. 90.

cosa, luego yo, y los que como yo le ven tener la cosa, le creemos dueño de ella.

Con todo, tal creencia es un efecto accidental del contacto físico, que sólo produce efectos (presunción de propiedad del titular, adquisición *a non domino*) en circunstancias determinadas, y en las restantes resulta intrascendente. En cambio, en la posesión de marcas, la originación de la creencia es el fin último de los actos de uso del signo, de modo que estos actos de uso, que en la tenencia de cosas, y en particular la de ciertos derechos sobre cosas (servidumbres), demuestran la propia convicción o intención de ser o llegar a ser titular del derecho con exclusión de otros, en las marcas crean su propio contenido económico externo a ellas mismas, aunque accesorio del signo cuyo uso futuro es condición indispensable para aprovechar el valor creado por el uso pretérito.

Lo esencial de la posesión de la marca es entonces su manifestación pública: no, desde luego, que se halle difundida entre todos los posibles clientes o una gran mayoría de ellos, pero sí que el signo se refiera a un producto que se difunde por los medios habituales y que potencialmente se halla al alcance de cualquiera. A diferencia de la posesión de cosas, no cabe aquí la posesión clandestina, oculta: la clandestinidad no es en la posesión de marcas un vicio, sino que elimina la existencia de la posesión misma. Pues la marca sólo se concibe en movimiento hacia la clientela potencial, dándose a conocer mediante la venta del producto y la propaganda y enriqueciéndose precisamente a costa de su posesión, es decir, de su uso en el mercado.

FERNÁNDEZ NOVOA pone de relieve este sentido del uso de la marca, que lo distingue del de las creaciones industriales. «Al poner en práctica la invención—dice—, el inventor explota económicamente el bien inmaterial, cuyo valor intrínseco es independiente de su utilización: ésta incrementa la rentabilidad económica, pero no el valor de la invención en sí misma considerada. No ocurre lo mismo en el caso de la marca: el uso no representa un simple acto de disfrute del bien inmaterial. Posee un significado más trascendente: al usar la marca (al poner repetidamente de manifiesto ante los demás la unión entre el signo y la mercancía), el empresario está acelerando y consolidando el proceso formativo de la marca misma como bien inmaterial. Porque a medida que la marca se emplea y difunde en el tráfico económico y, consiguientemente, adquiere notoriedad a los ojos del público, se constituye y consolida correlativamente el bien inmaterial.»

En términos más generales cabe señalar que la marca, mientras viene usada, experimenta variaciones en más o en menos, que vienen a equivaler a las que, en un bien corpóreo, causarían la accesión o los daños,

el desgaste o la obsolescencia. El uso de la marca, en principio, amplía el conocimiento de ella y el círculo de compradores potenciales, mientras un deterioro de la calidad del producto o de los productos fabricados, su habitual falta en el mercado, etc., perjudican el valor económico del signo. Fijémonos ahora en el supuesto de un aumento masivo de clientela a virtud de un uso regular de la marca, de la propaganda intensa y acertada, etc., todo ello proporcionado por un usuario de la marca que no es su titular registral. El fenómeno presenta cierta semejanza con la accesión: la empresa usuaria del signo le ha añadido algo que antes no tenía y que aumenta su volumen económico; cuando llegue el momento de restituir, necesariamente la entrega versará sobre un bien que, en parte, no se recibió; la vinculación a la marca de una clientela nueva o las mayores posibilidades de venta entre la clientela potencial a la que ha llegado la propaganda.

2. CONCURRENCIA DE POSESIONES

A) *PoseSIONES paralelas*.—Contra la regla del artículo 445 del Código civil, la posesión de marca, al versar sobre un bien multiplicable, puede ser plural. Es decir, dos o más productores pueden hallarse usando para productos autónomos de cada uno, el mismo signo distintivo, que entonces se halla poseído, a la vez, por cada uno de ellos. Cada uno podrá ejercitar las defensas del signo no registrado frente a todos, excepto a los otros usuarios si no puede demostrar la prioridad de su uso.

Es más, para el Derecho suizo explica TROLLER (15) que «cuando el titular de la marca tolera el uso ajeno sin contradicción, de manera que el otro usuario adquiere una posesión jurídicamente valiosa, queda sometido al ulterior uso del signo concurrente. La protección de su propio signo no ha caducado, el derecho sigue existiendo, pero él ya no puede impedir al poseedor del signo concurrente el uso del mismo: no puede oponer su propio signo. El concurrente puede acogerse a su propia posesión como excepción al ataque del titular».

Se trata del uso de un signo cuya existencia física es sólo expresión de un arquetipo intangible. Por tanto, algo que no es posible «recuperar» en el mismo sentido que un objeto corporal, pero que tampoco es posible «retener» de igual modo. Una cosa tangible es poseída por uno, y éste continuará teniéndola, con exclusión de todo otro, en tanto no la entregue o se la arrebatan, en cuyo momento pierde toda oportunidad de influencia inmediata sobre ella. La marca, opuestamente, puede, materialmente

(15) TROLLER, *op. cit.*, pág. 91.

y en tanto no se reprima el hecho, ser usada por otro u otros aun cuando la tenga en posesión uno. Cuando se produce un hecho así, no por ello el uno ha perdido la posesión: puede él seguir utilizando la marca, si bien ésta ha disminuido su valor distintivo. Hay dos o más usuarios del mismo signo.

Cuando esto ocurre, o sea, cuando la marca se emplea por otro en competencia con el primer usuario, éste no ha perdido el *uso* de la marca, pero sí el *monopolio*: ha dejado de ser poseedor exclusivo. El *monopolio* no es una cosa que pase de uno a otro: lo ha perdido el usuario inicial, pero no lo ha obtenido nadie.

La «recuperación» de la «posesión» de la marca entonces es para el primer usuario no la posibilidad de usarla, que ya tiene y ejerce (ahora en competencia con otros usuarios), sino el cese de la actividad ajena: la vuelta al monopolio. Cuando la vinculación entre signo y producto pasa por una determinada empresa, el usuario no podría «restituir» o «entregar» a otro algo que no le pertenece, porque no cabría hablar de pertenencia en relación a un hecho psíquico: la idea que tiene el público de la procedencia del producto. Tal idea ha sido determinada por la posesión del usuario, pero no es ella misma poseída. No es una cosa física que se pueda devolver a quien nos la prestó, arrendó, etc., sino una idea en la mente de unos terceros indeterminados.

B) *Posesión derivada*.—Además, lo mismo que en la posesión de cosas, cabe también en la de bienes inmateriales la posesión derivada, con su secuela de «representación» posesoria, pero también aquí es inevitable que el «representante» sea, a su vez, poseedor y, concretamente, poseedor inmediato.

Es decir, todo el que usa suficientemente una marca es—como todo el que se halla en contacto físico con una cosa, salvo los supuestos de hospitalidad o dependencia denominados de «servicio a la posesión», aquí imposibles—poseedor de ella en la medida en que el uso aparezca ante los consumidores como realizado con un propio derecho, originario o adquirido. De igual modo que es poseedor *ad interdicta* el arrendatario, pese a su situación subordinada frente al propietario; incluso quien manifestara poseer la marca en virtud de licencia, sería también poseedor y podría defender la marca frente a los terceros y al concedente mismo mientras la licencia persista.

Al agotarse la licencia de modo inequívoco, el poseedor de la marca sería considerado como precarista. Pero el vencimiento del plazo o cualquier otra causa de extinción de la licencia habrían de ser manifiestos e incuestionables, pues de haber discusión sobre tales extremos, habría de dirimirse en el juicio declarativo correspondiente, quedando inaccesi-

ble la acción de precario para el concedente de la licencia y firme entre tanto en el licenciado la condición de poseedor.

Esta consecuencia se produce hállese o no registrada la marca. En el momento en que el titular formal del registro de la marca ha abandonado el uso de ésta a los concesionarios, les ha entregado su posesión: se despoja él de la posesión inmediata y permite que sean estos concesionarios quienes la tengan, con todos los derechos que la posesión inmediata comunica. Sobre todo, cuando la empresa concedente no usa por sí misma la marca.

La «representación» en estos casos y, en general, en cuestión de marcas presenta muy particulares caracteres, correspondiendo a la singularidad de su objeto.

En particular, como el hecho de crear en la mente del público el vínculo signo-producto-empresa no obedece a las relaciones entre las partes, ni al contenido del Registro, sino a la adscripción de la marca, que se hace patente ante la clientela por el producto mismo y su propaganda, la derivación de la posesión sólo se revela *erga omnes* cuando la propia marca o su propaganda advierten de la existencia de un registro ajeno y un derecho del expendedor derivado del titular registral. Pues de lo contrario, es decir, si el usuario de la marca actúa ante el público como si fuera titular de ella, no «representa» al titular cedente, a quien el público desconoce.

Entonces la «representación» habrá de entenderse, a lo más, *inter partes*: como una obligación de comunicar o restituir la marca, con sus accesorios. Pero desde el momento en que, frente al público, el usuario de la marca ha actuado *nomine proprio*, no cabría atribuir a su posesión las consecuencias de la posesión en nombre ajeno sino desde un punto de vista obligacional. Quiero decir que, a lo más, el uso del concesionario puede servir como posesión del concedente mediante una suerte de *accessio possessionis*, lo que impediría siempre, aunque se admitiera la usucapión de marca, que ésta pudiera tener lugar por aquél frente a tal concedente. Por tanto, si bien el uso que de la marca haga la entidad arrendataria vale como uso efectivo de esa marca por los arrendadores, a efectos del artículo 158 del Estatuto, en cambio, en cualquier aspecto de conservación de la situación de hecho de lo que, tratándose de cosas, sería la posesión interdictal, la situación del concesionario que no ha manifestado frente al público su condición de tal es la de un poseedor en concepto de dueño, con las correspondientes posibilidades de protección frente a quien atente contra el monopolio poseído, e incluso frente al titular registral de la marca, a quien—a partir de la inscripción—

podrá presumirse *iuris tantum* poseedor de hecho de ella, pero dejará de ser considerado como tal una vez que se pruebe que la presunción no coincide con la realidad.

3. LOS DERECHOS DEL POSEEDOR DE LA MARCA Y EL ARTÍCULO 273 DEL ESTATUTO

Con precedentes en las Reales Ordenes de 7 de diciembre de 1900, 2 de abril de 1903 y 16 de abril de 1926, y en el artículo 39 del Reglamento de 5 de enero de 1924 para la aplicación de la Ley de Propiedad Industrial de 1902, establece el artículo 273 del Estatuto que «no podrá decretarse el embargo preventivo de los productos ni el sello de las máquinas y aparatos de una patente en vigor ni, por tanto, privar *a priori* al inculpado del ejercicio de su industria, interín los Tribunales competentes no hayan hecho declaración en sentencia ejecutoria sobre la nulidad de la patente del querellado y validez de la del querellante... Tampoco procederá aquella medida si se demostrase que el querellado posee, explota y utiliza lo que constituye el objeto de la patente con anterioridad al registro de ésta... Las disposiciones de este artículo son de aplicación a todas las modalidades de la propiedad industrial».

La Orden de 1900 preveía el evento de deducirse querella criminal por supuesta usurpación de patente contra industriales que trabajan «garantizados por otra», ordenando que no se privase a éstos *a priori* y como medida preventiva del libre ejercicio de su industria.

«Garantizados por otra» patente lo están quienes figuran como titulares de ella en el Registro, pero también, según el sentido y finalidad de la ley, quienes utilicen cualquier patente, incluso la del propio querellante, bajo licencia, concesión u otro derecho de uso. La norma trata de establecer una distinción, a efectos de las medidas consiguientes a la querella, entre quienes imitan un producto patentado en abierta oposición al derecho del titular del registro, desprovistos de todo justificante de su actividad competitiva, y quienes muestran un principio de legitimación para tal actividad, que obliga a tratar con más cuidado el problema, en previsión de que tal legitimación quede ulteriormente acreditada. Es decir, la ley contempla como casos distintos el de quien *prima facie* aparece sin derecho alguno y quien, frente al derecho del titular registral, exhibe otro derivado asimismo de un registro, que podrá ser—y es el caso expresamente previsto en la disposición legal—un registro distinto, pero que también puede consistir en un derecho derivado del propio registro que invoca en su favor el querellante.

El artículo 273 es de tenor literal más amplio que las órdenes precedentes, pues, de una parte, asimila al registro el derecho del preusuario y, de otra, extiende sus disposiciones «a todas las modalidades de la propiedad industrial» y, por tanto, a la marca.

a) Dentro del ámbito del artículo 273, 1.º, hay que estimar que los concesionarios de una licencia de uso de marca se hallan protegidos por una «patente en vigor». No es, por cierto, el caso expresamente previsto en la ley, pero sí un supuesto implícito en ella, porque de lo contrario los concesionarios de una patente o marca podrían ser objeto de querrela por parte del titular registral, con embargo de los géneros y sello de las máquinas y aparatos, sólo con que dicho titular aseverase la inexistencia o caducidad de la relación de concesión, teniendo así éste a su disposición una acción mucho más vigorosa que el desahucio del propietario terminado el arriendo.

El nudo de la cuestión me parece consistir en esto: que la situación de concesionario u otra relación con el titular registral o sus causahabientes, que dé derecho al uso de la marca, constituye un obstáculo a la práctica de cualesquiera diligencias de embargo de productos o sello de máquinas, mientras por los Tribunales competentes no se haya pronunciado la extinción de la relación que autorizaba el uso de la marca.

b) En cuanto al párrafo 2.º del artículo 273, que establece la exención absoluta del embargo preventivo «si se demostrase que el querrellado posee, explota y utiliza lo que constituye el objeto de la patente con anterioridad al registro de ésta», su objeto parece ser la tutela del derecho del preusuario, que, por cierto, aquí no queda limitado por el uso trienal del titular registral.

Acaso incluso la prioridad conferida por el artículo 273 al preuso no podría ser negada al uso exclusivo de una marca por el tiempo preciso para la prescripción extraordinaria de bienes muebles, ya que entonces la lucha entre *uso* y *registro* (sin uso propio) se resuelve en la oposición de dos derechos *no consolidados*, en cuyo conflicto cabe deducir del artículo 14 del Estatuto la idea de triunfo de la posesión, pues si faltando ésta al titular inscrito, no puede *nunca* dicho titular consolidar su derecho, lógicamente la situación del verdadero poseedor, al menos tras el curso del plazo de prescripción extraordinaria, habrá de asimilarse a la de un preusuario.

4. LA TUTELA PENAL DE LA MARCA Y SU POSESIÓN

Para terminar esta parte hemos de detenernos en el significado de la posesión de la marca en orden a su tutela penal.

Los delitos contra la propiedad industrial son objeto de una consideración muy sumaria en el artículo 534, 2.º, del Código penal, el cual castiga «al que infringiere intencionadamente los derechos de propiedad industrial», sin más especificación. Así, la reforma de 1963, en cumplimiento de la Ley de Bases de 1961. El antiguo precepto hablaba de *defraudación* de la propiedad industrial, concepto en el cual la «infracción intencionada» parece recalcar la idea de voluntariedad consciente, por encima de la exigida en el artículo 1.º del Código penal.

La «infracción intencional» supone la voluntad de transgredir un derecho ajeno y, por ende, a falta de la contemplación de un derecho propio existente, al menos, en apariencia (posesión). Tal es la interpretación que se deduce, además, de los artículos 134 y siguientes de la Ley de 1902, vigentes todavía. El artículo 134, 3.º, considera usurpadores de las marcas a quienes las usen «para perjudicar los derechos o intereses de su legítimo poseedor», de donde se deduce que lo decisivo para la protección penal y para que haya infracción es la *legítima posesión* de la marca por el querellante, si bien, con arreglo al artículo 123, 2.º, del Estatuto, la persecución penal presupone en tal querellante el certificado de prioridad del Registro.

Del artículo 134, 3.º, de la Ley de 1902 se desprende asimismo que en ningún caso puede ser usurpador de la marca quien sea *legítimo poseedor* de ella, posesión que en el querellado ya no presupone la inscripción registral. Evidentemente, el concepto de *legítimo poseedor* es civil, y al Código civil habrá que atender para interpretar aquellos extremos no resueltos expresamente por la Ley de 1902. En ese sentido es *legítimo* todo poseedor de la marca que adquirió su tenencia legítimamente, mientras no sea legalmente despojado de ella. Como digo, para ejercer la acción penal habrá de tener registrada la marca en su favor. Pero para resistir a la acción penal de contrario este requisito no es preciso: basta que quien usa la marca frente al titular registral sea legítimo poseedor de ella.

Por lo demás, cabe pensar que un titular registral, cuando se demuestre que no es legítimo poseedor de la marca, es decir, cuando se desvirtúa la presunción *iuris tantum* de posesión en su favor, no puede seguir ejercitando la acción penal.

VI. LA PROTECCION A LA POSESION DE LA MARCA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA DESLEAL

1. FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL

Que sea lícito o ilícito en las actuaciones captatorias de clientela ha sido determinado más corrientemente por los usos. Estos han sido la raíz de la regulación de la competencia desleal en los países anglosajones, en los cuales, en relación con las marcas, establecen el principio del *passing off*, según el cual «a ningún comerciante le es lícito hacer pasar sus mercancías como mercancías de otro». Y a este punto de vista se adhiere el artículo 10 bis de la Convención de la Unión para la Protección de la Propiedad Industrial, a raíz de la revisión efectuada en La Haya el 6 de noviembre de 1925, cuyo apartado segundo dice que «constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial».

En el Derecho alemán, el artículo 1.º de la ley sobre competencia desleal se remite también a los usos a través del concepto de «buenas costumbres», contra las cuales atentan, según BAUMBACH-HEFERMEHL (16), «aquellos actos que contradicen el sentimiento de decoro de los traficantes de tipo medio entendidos y honestos».

No es indispensable, pues, la presencia de un texto expreso o de un principio inducido de las leyes sobre la competencia para fundar un derecho, en el titular de la empresa, a la salvaguardia de su clientela frente a maniobras que la moral social considera reprochables.

En el Derecho español sirve eminentemente, a tales efectos, el principio de buena fe, que, como ya he explicado antes, se deducía de diversos textos del C. c. y otras leyes, y ahora se enuncia expresamente en el artículo 7.º, 1, del nuevo título preliminar del C. c.: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.» De ahí e incluso de la subsiguiente prohibición del abuso del derecho (art. 7.º, 2), se deduce ampliamente la censura genérica de aquellas maniobras competitivas que exceden los límites de los usos y la buena fe.

En un terreno más particular, pero con mayor proximidad al caso, puede deducirse la prohibición genérica de competencia desleal de la doctrina de principio enunciada por diversos preceptos del Estatuto de la publicidad de 11 de junio de 1964, los cuales, aun proclamados para la actividad publicitaria, pueden aplicarse a otros aspectos del tráfico.

(16) *Wettbewerbs-und Warenzeichenrecht*, Munich, 1960, pág. 34.

Así, los principios generales contenidos en el artículo 6.º de dicho Estatuto, de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia. Conforme al artículo 6.º, 1, «la publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal». Y el apartado 2.º del artículo 10 considera desleal «la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios», la que «tenda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos», y, finalmente, en una cláusula general, se considera desleal la actividad publicitaria que «sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles»: cláusula muy importante, porque a partir de ella se puede construir un más amplio concepto de la competencia desleal o porque ella misma pueda servir como principio general del derecho y, por cierto, con una posibilidad de ampliación superior a las aplicaciones que resultan de su texto.

Añádanse los principios de respeto a la verdad y no inducción al error, que se deducen del artículo 8.º, y de identificación de la publicidad como tal, conforme al artículo 9.º

Por último—en orden de concreción, no de importancia—, la Ley de Propiedad Industrial de 1902 se ocupó ya de la competencia ilícita, a la que su artículo 131, vigente hoy en virtud del Decreto de 22 de mayo de 1931 y Ley de 16 de septiembre siguiente, define como «toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro, que tenga su propiedad al amparo de la presente ley».

El período final de este precepto planteaba en su momento el problema de si era preciso que el empresario tuviera inscrita «su propiedad» en el Registro para gozar de protección legal frente a la competencia ilícita. Mas este problema quedó resuelto definitivamente al ponerse de nuevo en vigor el artículo 131 por las disposiciones que suprimieron los preceptos penales del Estatuto, ya que en ese momento dicho artículo 131 reanudaba su vigencia, coexistiendo con el artículo 4.º del Estatuto, a cuyo tenor «la protección de las diferentes formas establecidas por el presente Estatuto... da derecho a perseguir la competencia ilícita y las falsas indicaciones de procedencia industrial sin necesidad de llenar previamente formalidades administrativas».

El precepto modifica, por consiguiente, derogando su período final, el artículo 131 de la Ley de 1902 cuando vuelve a cobrar vigor por obra del Decreto de 22 de mayo de 1931, y así lo entiende la doctrina ulterior.

2. EL USO CONTINUO DE LA MARCA COMO FUENTE DE UN DERECHO A LA CLIENTELA

Cuando alguien viene empleando desde largo tiempo e ininterrumpidamente una marca para unos productos que aparecen como de fabricación suya, habiendo conseguido para ella una masa acaso ingente de clientela, cabe pensar que el titular registral que en un momento dado reivindicase la marca cuyo uso había venido tolerando, al arrebatarse al usuario de buena fe una clientela que era suya, de sus negocios y empresas, comete un despojo que constituye un acto de competencia desleal.

No importa que el reivindicante tenga la marca registrada a su nombre. El uso exclusivo de la marca por otro empresario, al servir de medio de convocatoria de su clientela, ha conferido a éste, precisamente al amparo de su exclusividad en relación con el no uso por el titular registral, un derecho en el cual la marca interviene sólo de modo accesorio: el de conservar la clientela adquirida a través de su trabajo y esfuerzo y cuyo medio de convocatoria es la marca. El uso de ella por otros competidores no sería leal.

Sucede así en diversos ordenamientos, pero el caso más notable y en torno al cual se ha constituido mayor cuerpo de doctrina es el de la *Ausstattung* del Derecho alemán. Dicha palabra se traduce literalmente por «presentación», y significa precisamente la forma exterior de apariencia efectiva de un producto ante la clientela habitual; el aspecto por el que la clientela lo viene reconociendo de hecho (marca, forma y caracteres externos). El parágrafo 25 de la Ley alemana de Marcas de 1936, conservado en la versión de 2 de enero de 1968, protege a esta «presentación» contra las imitaciones de la competencia, en su condición de medio de convocatoria de la clientela, sin necesidad de registro alguno, siempre que aparezca como característica de determinadas mercancías «en los círculos interesados del tráfico», es decir, que a lo largo del tiempo haya llegado a adquirir notoriedad. La ley tutela la llamada «presentación» cuando «dentro de los círculos del tráfico participante» vale como caracterizante de una determinada empresa. La notoriedad en el tráfico como presupuesto de la protección de la denominación entra en el lugar de la inscripción en el Registro (17). Adquirida la notoriedad, la *Ausstattung* es un «bien jurídico», en cuyo favor, igual que para la marca registrada, el ordenamiento garantiza una facultad de exclusión.

No es exigible que los adquirentes conozcan el nombre o la firma del titular de la «presentación». Antes bien, basta que los círculos partici-

(17) REIMER: *Wettbewerbs-und Warenzeichenrecht*, Colonia, 1954, pág. 405.

pantes acepten que las mercancías dotadas de aquélla proceden de la misma fuente, aunque esta fuente no les sea conocida.

Como *Ausstattung* o «presentación» puede valer una marca, aun registrada por otro. En efecto, el uso de una marca registrada por quien no es su titular registral ni recibe causa de él (el uso, pues, contra el derecho del titular registral), en Alemania y Suiza también puede dar lugar, prolongado por largo tiempo, a que el titular no pueda accionar contra tal usuario ni prohibirle la continuación de su aprovechamiento del signo.

Así se entiende que ocurre cuando el signo ha venido utilizándose por el usuario extrarregistral durante muchos años, a ciencia y paciencia del titular que ha inscrito sus derechos. Si éste viene contemplando impertérrito desde, por ejemplo, hace veinte años la misma usurpación de marca registrada en cada momento, sería poco equitativo—dice REIMER (18)—concederle ahora la acción destinada a hacer cesar el aprovechamiento ajeno o la acción en reclamación de daños y perjuicios, cuando el infractor, dado el tiempo transcurrido, e incluso teniendo en cuenta el valor adquirido en el tráfico por la marca merced a sus trabajos, se debe sentir legitimado para la utilización del signo, fundado en el largo silencio del perjudicado. No podrá oponer a éste, por cierto, la excepción de prescripción, pues las acciones del titular registral nacen en cada momento, mientras otro esté usando la marca, de modo que los plazos de prescripción no comienzan unitariamente, y referidos a la titularidad de la marca, en el momento en que el perjudicado conoce el primer acto en su perjuicio. Antes bien, tales plazos comienzan a correr individualmente, y sólo para la acción de daños, tantas veces como el perjudicado conoce los actos dañosos que se reiteran. Esto significa que en las actuaciones repetidas la pretensión de omisión, en principio, no prescribe. Pero—sigue explicando REIMER—para evitar la falta de equidad que se deduce de esta postura, desde largo tiempo se ha introducido en el Derecho de marcas y de la competencia la idea de la «caducidad» o valor preclusivo de la inactividad propia (*Verwirkung*).

La conciencia de que no es honesto prohibir repentinamente el uso mantenido durante años de un medio de propaganda que ha devenido valioso es ya antigua. Originariamente, para llegar a ese resultado se daba la explicación de que «en una coexistencia larga y no contradicha de dos signos el peligro de confusión desaparece». Ulteriormente se adujo que va contra las buenas costumbres que un perjudicado, durante años, aguarde hasta que el infractor con trabajo y dinero haya conseguido hacer válidos y populares sus signos y entonces se dirija contra él. Finalmente, doctrina y jurisprudencia buscan el fundamento de esta inoponi-

(18) *Op. cit.*, pág. 883.

bilidad o *Verwirkung* (que llamo aquí caducidad para abreviar y de modo aproximativo), más que en la consideración ética de la conducta del titular registral perjudicado, en la posición del usuario infractor: en su estado posesorio; en la creación por él de una riqueza accesorio a la marca y, en definitiva, en una justa ponderación de intereses desde el punto de vista de la buena fe.

Cuánto tiempo debe tolerar el titular registral de la marca el uso ajeno, para que su pretensión caduque, es cosa que resuelven los tribunales suizos caso por caso. Hay que reconocer una posición jurídica valiosa en el infractor cuando la marca tolerada ya sólo puede ser sustituida por otro signo con seria desventaja, esto es, cuando el cambio de signo aminora la venta de las mercancías provistas de él. Esto vale también cuando el segundo usuario del signo, mediante una propaganda intensa y bien planeada, a costa de mucho gasto, ha podido darlo a conocer en el curso de poco tiempo.

¿Es posible aplicar al Derecho español alguna de las directrices ahora explicadas?

Obsérvese que se han producido en unos sistemas—sobre todo el alemán—que supervaloran la inscripción y luego, para ponerla de acuerdo con la realidad, han de recurrir a los principios más generales de protección a la buena fe y las buenas costumbres, apreciando, ya que no la prescripción del derecho del titular registral, sí su inhabilidad para reprimir las infracciones que, al persistir largo tiempo toleradas, han dado lugar a la creación de una riqueza industrial ajena. Mas ese recurso a los principios generales tampoco se halla prohibido en el Código civil, en el cual, al contrario, la nueva versión del título preliminar proclama de manera expresa, como antecedente a la prohibición del abuso del derecho, el principio de buena fe.

Por aplicación de este principio cabrá también entre nosotros rechazar la acción del titular registral cuando, con arreglo a las circunstancias del caso, el usuario podría entender que el titular no pretendería ya en lo sucesivo prohibirle el uso de la marca que venía practicando desde antiguo y, en particular, cuando, merced a la actividad del usuario, el estado de posesión se haya convertido en un objeto valioso.

Podemos derivar un apoyo a esta tesis de los principios que inspiran la sentencia de 12 de marzo de 1970 consagrando la protección a la marca notoria. Tal sentencia contempla implícitamente a la marca, no ya en cuanto titularidad registrada de un nombre o forma aplicables a determinados epígrafes del nomenclátor, sino en cuanto colector de clientela, misión para cuya tutela no es suficiente que la marca se halle registrada, puesto que el Registro sólo la salvaguarda frente al ataque de

los solicitantes para un producto más o menos similar, pero no cuando el producto, totalmente distinto, trata de aprovechar una reputación industrial que por su intensidad vale para reconducir a los consumidores hacia artículos de cualquier clase. Pues la ley, al tratar de la marca, nada dice sobre los casos de notoriedad de ésta, que deben contemplarse desde otro punto de vista próximo al de la competencia desleal, es decir, el aprovechamiento por una empresa de un valor creado por otra, lo cual sólo puede prohibirse si se reconoce, no sólo que la clientela propia es un bien que el Derecho tutela a la empresa, sino que la capacidad de un signo de atraer clientes por su sola presencia hacia un producto es un valor patrimonial que pertenece a quien lo incorpora al signo mediante el uso.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO
Catedrático de Derecho civil

Cumplimiento defectuoso de la prestación

(Su inclusión en la «contravención» o cuarta causa del artículo 1.101 del Código civil)

SUMARIO: *JUSTIFICACION DEL TEMA.—ACLARACION CONCEPTUAL:*

A) La responsabilidad del deudor: Alcance. B) Su delimitación como ejecución *id quod interest*, o por equivalente e indemnización de daños y perjuicios: *El Resarcimiento*.—I. Sistemática clásica: El incumplimiento contractual: A) Concepto. B) Vulneración del *Pacta sunt servanda*: artículo 1.091. C) Frustración del fin de la obligación o satisfacción del interés del acreedor—módulo potenciador del incumplimiento—: Supuestos de no incumplimiento, si ese fin no se elimina o desaparece.—II. Adición sistemática personal: La responsabilidad por cumplimiento «erosionante» de ese fin: el llamado cumplimiento «irregular», «defectuoso» o «irritual».—III. Causas de la responsabilidad contractual: Análisis del artículo 1.101 del Código civil.—Precedentes y Derecho Comparado: A) Hermenéutica de su literalidad: «... los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en...» ¿equivalente a un incumplimiento?: a) ¿Exige que el cumplimiento haya empezado? b) ¿Se entiende «cumplimiento» como actividad o actitud general «para cumplir» sin necesidad de iniciarlo? B) Reenvío al artículo 1.124.—¿Identidad entre el 1.101 y el 1.124-2.º?: Su relatividad de consecuencias. C) El dolo: a) Concepto. b) Supuestos de incumplimiento por dolo: 1) Incumplimiento total. 2) ¿Cabe el incumplimiento *parcial* o cumplimiento *defectuoso* por dolo?: Respuesta negativa, por integrarse en la «cuarta causa», y, además, por necesidad de sustantivarla. D) La culpa: a) Concepto. b) Supuestos de incumplimiento por culpa: 1) Incumplimiento total. 2) ¿Cabe el incumplimiento *parcial* por culpa o cumplimiento *defectuoso*? E) La mora: a) Concepto: Su delimitación con el retraso. b) Incumplimiento total. c) El retraso en el cumplimiento o cumplimiento tardío o retraso leve: Sus consecuencias e integración en la «cuarta causa» (posiciones de Díez-PICAZO y JORDANO BAREA).—IV. Particular referencia al cumplimiento con CONTRAVENCION: La llamada «cuarta causa» del artículo 1.101 (prestación defectuosa: SCHLECHTSLEISTUNG): A) Es-

(*) El presente tema fue desarrollado oralmente por el autor en un ejercicio de oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Profesores Agrupados de Derecho Civil.

casez de literatura jurídica *ad hoc*: G. GARCÍA VALDECASAS, CASTÁN, MARÍN, PUIG PEÑA. B) Razonamiento de su sustantividad como «cuarta causa» de responsabilidad contractual. Precisión conceptual: Relación con el artículo 1.098-2.º La contravención *especial* absorbe el cumplimiento «erosionante», «irregular», «defectuoso» o «irritual»: a) Alcance de la expresión del artículo 1.101: «... los que...». b) Precedentes del Proyecto de 1851: Su artículo 1.011. c) La contravención de la obligación, ¿es distinta de su incumplimiento por dolo, culpa o moral? d) La frase «... de cualquier modo...», facilita su sustantividad: 1) Sentido residual y omnicompreensivo en la *mens legislatoris*. 2) Los anteriores incumplimientos «parciales» o cumplimientos «defectuosos» son esta contravención. 3) El cumplimiento «irregular» del artículo 1.154-1.º atrayente de su sustantividad. 4) La contravención no equivale a incumplir, sino a cumplir mal o irregularmente: el artículo 1.101 no habla de «los que incumplieren...», sino de «los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en...». Reenvío a los artículos 1.098-2.º y 1.124.—**CONCLUSION**: Sustantividad de la «contravención» y su proyección sobre todo cumplimiento defectuoso de la obligación, cualquiera que sea su causa. Su caracterización.—Tutela del acreedor. Integración de la responsabilidad del Contraventor: Factor económico constante (*id quod interest*) y factor económico variable (indemnización de daños y perjuicios *strictu sensu*), determinantes del *Resarcimiento*.

JUSTIFICACION DEL TEMA

Como se comprobará, dentro de nuestra clásica literatura jurídica inexistente un tratamiento específico del artículo 1.101 en su completa extensión y que, de consiguiente, comprenda el análisis de la denominada «cuarta causa» de responsabilidad contractual en vía de indemnización o la CONTRAVENCION de la obligación, y resulta ello sorprendente y hasta acaso inexplicable, porque siendo el citado precepto de vital importancia e incidencia práctica en el tráfico contractual, la doctrina, aunque lo contempla con particular detalle, omite, como se dice, el último pormenor de su casuística sancionadora; esa circunstancia, que no sólo acaece en los tratados generales de Derecho civil más clásicos, sino en los estudios cuya fisonomía actualizada debiera colmar la denunciada tendencia, ha sido, pues, la condicionante del criterio de selección del tema.

ACLARACION CONCEPTUAL

A) LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR: ALCANCE

La noción de la responsabilidad, en tema obligacional, ha sido suficientemente tratada por la doctrina; es sabido cómo el profesor HERNÁNDEZ GIL, en su estudio sobre la «concepción integradora de la obli-

gación» (1), afirma que si la obligación es esencialmente un deber, no significa que lo sea única y exclusivamente, por cuanto al deber de prestación figura asociada la responsabilidad o «conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor» (2); también, como manifestamos en otra ocasión (3), «la asunción por el autor de un hecho de todas sus posibles consecuencias, determinadas por la relevancia de dicho hecho para el Derecho».

¿Cuál es el alcance de dicha responsabilidad? La responsabilidad—continúa HERNÁNDEZ GIL—no tiene sólo el significado estricto y directamente económico y material de que, a expensas del patrimonio del deudor, se va a hacer efectiva mediante el desplazamiento de bienes o valores; identificar la responsabilidad—continúa—«con una indemnización pecuniaria es empujarse a empequeñecer el concepto de la obligación, pues esa responsabilidad refleja la total sanción que incorpora el ordenamiento jurídico al deber asumido o conjunto de efectos jurídicos que son

(1) A. HERNÁNDEZ GIL, in *Derecho de Obligaciones*, I. Madrid, 1960, Maribel Artes Gráficas, págs. 67 y ss.; dicha concepción integradora parte de la distinción entre el débito—«Schuld»—y la responsabilidad—«Haftung»—; véase asimismo al respecto: E. BONVICINI, in *La responsabilità civile*, tomo I. Milano, Dott. A. Giuffrè Edit., 1971, págs. 72 y ss.

(2) Idem, pág. 70.

(3) Vid. en el trabajo elaborado por el Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma, bajo la dirección del Profesor Díez PICAZO: *La situación jurídica de los subnormales o deficientes mentales en el Derecho Español*; cap. IV: «La responsabilidad jurídica del subnormal». «Especial estudio de su modalidad civil», pág. 98, de su versión original. Es claro que al hablar de la «Responsabilidad del deudor», aludimos a la terminología más clásica de la denominada «Responsabilidad Contractual»; entre otros, la emplean con el siguiente significado: G. GARCÍA VALDECASAS en «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho Español, *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 829 y siguientes, afirmando citado Catedrático de Derecho Civil: «En cuanto a la expresión 'responsabilidad contractual', ella suele tener en la doctrina española una significación muy amplia que comprende no sólo la derivada del incumplimiento de un contrato, sino también toda responsabilidad que provenga del incumplimiento de una obligación preexistente, tenga ésta su origen en un cuasicontrato o directamente de la ley», pág. 829. También emplean el término H. y L. MAZEAUD y J. MAZEAUD en *Lecciones de Derecho Civil*, parte 2.^a, vol. II: «La responsabilidad civil. Los cuasicontratos». Traducción de L. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, al expresar: «La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando un contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio; su responsabilidad es una responsabilidad contractual.» BONVICINI en *op. cit.*, pág. 71, dice: «La 'responsabilidad' contemplada desde el marco de la obligación, aparece como una situación derivada del vínculo, caracterizada por el peligro de perder un bien—o una pluralidad de bienes o patrimonio—que debe satisfacer una persona—crédito en sentido amplio—al no realizar un evento determinado a su cargo o por realizar otro distinto.»

realizables mediante una adecuada intervención de los órganos judiciales» (4).

Ahora bien, si técnicamente lo afirmado es incontestable, tampoco dicho virtuosismo puede ocultar una verdad cuyo peso es evidente. En tema de responsabilidad contractual, en que incurre el deudor, por las causas que fueren, siempre la última sujeción de su esfera patrimonial, a resultas de su conducta atrayente de la misma, es significativa y bien resolutive del conflicto así planteado: en un aspecto, porque dicho deudor, causante con su conducta de la responsabilidad, sabe que si persiste en su actitud, siempre al final padecerá de una inmisión o detracción patrimonial, que, por supuesto, gravitará como un *onus* perjudicial para sus intereses; en otro aspecto, porque el acreedor así dispondrá de un último resorte, tanto para, en su primera fase, constreñir a dicho deudor a claudicar en su actitud o, de lo contrario, «reparar» o «restaurar» los quebrantos sufridos a costa de aquella detracción patrimonial, más o menos «compensatoria» de los mismos.

B) SU DELIMITACIÓN COMO EJECUCIÓN «ID QUOD INTEREST» O POR EQUIVALENTE E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: EL RESARCIMIENTO

La doctrina más clásica (5) expresa que «como la obligación lleva consigo la ineludible necesidad de su cumplimiento, si el deudor no la cumple por las causas que le sean imputables, el Derecho ha de procurar de un modo u otro su efectividad, es decir, su cumplimiento forzoso

(4) HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 70.

(5) Puede incluirse en la misma: J. CASTÁN en *Derecho Civil Español Común y Foral*, 8.ª ed. Tomo III, Edit. Reus, Madrid, 1954, pág. 139.

Idem, G. GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, pág. 832: «La responsabilidad contractual presupone la existencia de una obligación particular, concreta—en su sentido estricto—contractual, es decir, convenida libremente por las partes contratantes. Se requiere también que esta obligación haya sido incumplida por culpa del deudor, es decir, voluntaria y conscientemente—dolo—o al menos por falta de previsión y de diligencia—culpa simple—. Por último es indispensable que el incumplimiento de la obligación haya causado un daño al acreedor, pues sin daño no puede haber reparación.»

El propio Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de junio de 1973—Ponente señor González-Alegre, número 2.577 de la colección de *Aranzadi*—en su 2.º Considerando, expresa: «Que es doctrina reiterada de esta Sala la de que la prosperabilidad de la acción encaminada a la reclamación de los daños y perjuicios, a los que se refiere el artículo 1.101 del Código civil, está condicionada a los dos siguientes requisitos: existencia del incumplimiento de una obligación derivada de un contrato y de la demostración de la realidad de los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.» El nexo, pues, entre el incumplimiento de la obligación y el daño producido, para dar paso a la responsabilidad contractual, es de general evidencia.

o anormal»; pero la responsabilidad no es una fase de la obligación en que se penetra sólo a través del incumplimiento, pues, según el artículo 1.911, «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros»; luego, se afirma (6), el deudor «responde» *del cumplimiento*, o sea, su responsabilidad la contrae no porque ha incumplido, sino porque ha asumido el deber de cumplir», aunque, claro es, cuando dicha responsabilidad se torna operativa o resplandece será desde el momento en que ese «cumplimiento» no lo ha realizado el deudor, lo que de ordinario discurre a causa del incumplimiento; se dice «de ordinario», y no siempre, porque, tal y como se verá, la responsabilidad del deudor también deviene por causas o derroteros que, en puridad, no implican auténticos «incumplimientos».

¿Cómo reacciona el Derecho ante una conducta del deudor determinante de su responsabilidad?, o en otras palabras, ¿cómo se sanciona la esfera de su responsabilidad contractual u obligacional?

PUIG BRUTAU (7), reproduciendo el criterio de CASTÁN (8) y contemplando el cauce generador de esa responsabilidad en el incumplimiento de la prestación—que, se insiste, es el más general y acusado, pero no exclusivo—, escribe que «el incumplimiento de la obligación imputable al deudor se traduce en el cumplimiento forzoso, que a veces puede ser exigido en forma específica; pero hay casos numerosos en que es imposible procurar al acreedor la ejecución en naturaleza, y entonces hay lugar a lo que los autores llaman la prestación del interés—*id quod interest*—, que consiste en prestar al acreedor el equivalente de aquella utilidad que le hubiera reportado el cumplimiento de la obligación en forma específica, y que en nuestro Derecho recibe el nombre de *resarcimiento* de daños y perjuicios».

Desarrollando esa dualidad de posibilidades que el Derecho constituido arbitra ante un incumplimiento de la obligación, exponentes de la responsabilidad del deudor «incumplidor o infractor», la doctrina habla de «cumplimiento forzoso en forma específica—según se trate de obligaciones de dar, hacer o no hacer—y cumplimiento por equivalencia» (9) o de «cumplimiento coactivo en forma específica y cumplimiento mediante el equivalente económico de la prestación debida» (10) e incluso, con mayor pormenor de fórmulas *de lege data*, distinguiéndose entre el *fin típico* del crédito, para cuya realización cabe el cumplimiento del deber

(6) HERNÁNDEZ GIL, *ídem*, pág. 71.

(7) J. PUIG BRUTAU en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo I, vol. II. «Derecho General de las Obligaciones», Bosch Casa Edit., Barcelona, 1959, pág. 450.

(8) J. CASTÁN en *op. cit.*, pág. 160.

(9) CASTÁN, *ídem*, págs. 161 y ss.

(10) PUIG BRUTAU, *ídem*, págs. 451 y ss.

de prestación, la intervención de un tercero o la ejecución forzosa en forma específica, y el *fin subsidiario* de tal crédito, cuyos medios de realización son, la ejecución forzosa mediante indemnización—complementaria, sustitutiva, independiente o exclusiva—y el derecho a resolver del artículo 1.124 (11).

Es claro que centrado el tema en la consideración mayúscula del artículo 1.101, y su problemática en punto a la «contravención»—en particular—de esa dualidad, transitará el estudio por la fórmula compensatoria o *id quod interest*, esto es, cuando por la circunstancia que fuera no es posible el cumplimiento de la obligación *in natura* o en forma específica, o también cuando por ese mismo «cumplimiento» o la «forma en que se ha cumplido la obligación», el acreedor ha padecido el consiguiente quebranto—se repite por su no cumplimiento o cumplimiento no adecuado, aunque esta hipótesis «adelante» ideas a desarrollar—y, por tanto, se sustituye la prestación debida—o el remanente de lo cumplido *mal*; de nuevo se anticipa el sentido del asunto—por su equivalente económico, por el cual se compensa ese «quebranto del acreedor» o se le proporciona el *id quod interest* (12).

(11) HERNÁNDEZ GIL, ídem, págs. 71 y ss. y 74 y ss. Ídem, GARCÍA VALDECASAS, G., *op. cit.*, pág. 832.

(12) J. J. PINTO RUÍZ en dos trabajos: «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la indemnización de daños y perjuicios» en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, pág. 199, y, sobre todo, en su importante monografía: «Incumplimiento de las obligaciones Civiles», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XII, Editorial F. Seix, S. A., Barcelona, 1965, pág. 185, desarrolla su tesis diferenciadora, abundando sobre el particular, expone: «... Queremos, pues, dejar bien sentado lo siguiente: 1) El *id quod interest* es un simple sustitutivo de la prestación específica, y, por tanto, sigue su suerte... en caso de transgresión de la obligación, ha de recibir el mismo tratamiento la acción de cumplimiento específico que la petición del *id quod interest*; por tanto, es absurdo confundir el *id quod interest* con la indemnización de daños y perjuicios y exigir para el *id quod interest* lo que se exige para la indemnización de daños y perjuicios—es decir, la prueba de que existen daños—pues si el acreedor contrató, es que tenía interés en recibir la prestación prometida, y esto basta—que exista obligación—para exigirla (en forma específica o en su defecto el *id quod interest*), sin necesidad de tener que demostrar que si no la recibe se le seguirán daños. 2) Al ejercitar acciones es necesario discriminar y separar, distinguiéndolas debidamente, las pretensiones correspondientes al *id quod interest*—que no exige prueba alguna, salvo el del incumplimiento, *sic.*—y la de indemnización de daños y perjuicios—que han de probarse siempre, *sic.*—... Y esa diferenciación es evidente... veamos: 1) El artículo 1.101 del C. c. indica en sí mismo la compatibilidad y la distinción entre una y otra, puesto que dice... «que quedan sujetos a la indemnización los que incurrieren en *morosidad*, y sabido es que la mora implica mero retardo, pero no incumplimiento definitivo... 2) Más explícito es el artículo 1.096, al establecer...»; o sea, con independencia de solicitar la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 puede también ejercitar la acción de cumplimiento, y, por tanto, si la prestación tuviera que ser sustituida—*id quod interest*—, cabría la petición de daños y perjuicios del 1.101 y la de cumplimiento o *id quod interest*. 3) Si alguna duda cupiera, el texto del artículo 1.124 es suficientemente claro al decir..., o sea, el acreedor podrá pedir el cumplimiento o su sustitutivo—*id quod interest*—y, además—y, por tanto, algo distinto

Naturalmente que en esa descripción de eventualidades inferidas al acreedor por el incumplimiento o mal cumplimiento del deudor debe distinguirse—cuando ello sea procedente—la ejecución por sustitución o *id quod interest* de la propiamente llamada «indemnización de daños y perjuicios»; es claro, siguiendo el estudio de PINTÓ RUIZ, «que la confusión entre ambos conceptos perjudica grave y extraordinariamente al acreedor. El *id quod interest* hace las veces, sustituye a la prestación misma; por tanto, siempre que exista prestación convenida y ésta *no pueda* ejecutarse por vía forzosa habrá *id quod interest*; en cambio, habrá indemnización de daños y perjuicios si realmente se han producido tales

y diferente—, los daños y perjuicios, criterio éste coincidente con el artículo 329 del Código de Comercio» (cfr. *ibidem*, págs. 191, 192 y 193).

Desde luego que estamos de acuerdo con el criterio de PINTÓ RUIZ, *salvo* el juego que pretende extraer, para apoyar su doctrina, del artículo 1.101, en relación a la mora, porque, aparte de que la mora *no es* el simple retraso siempre, dicha mora, en su caso, puede originar un incumplimiento propio o definitivo de la obligación; el artículo 1.101, sí es válido para dicha tesis, pero—como luego se indica en el texto—a través de la debida integración de la «cuarta causa» o contravención *sui generis*.

PUIG BRUTAU en *op. cit.*, págs. 455 y 456—y cuya tesis es seguida por el propio PINTÓ, según confiesa en *ibidem*, notas 27 y 30, en lo atinente—, dice: «Suele hablarse en el caso de sustitución de la prestación debida por el equivalente económico de que se proporciona al acreedor el *id quod interest*. Conviene averiguar de dónde procede esta expresión. Un texto de ULPIANO en el *Digesto*—D. 19.1.1—dice así: 'Si no se entregase la cosa vendida se ejercita acción por lo que importa—in *id quod interest agitur*—, esto es, por lo que le importa al comprador tener la cosa; mas ésta excede a veces del precio, si importa más de lo que vale la cosa, o que aquello en que la cosa fue comprada.' Existe otro texto de ULPIANO—D. 19.1.11.9—: 'Al que no hace entrega se le condena en cuanto importe; pero que al que no da caución, al máximo de cuanto perjuicio puede resultar al comprador.' BONVICINI estudia, asimismo, el problema al hablar de 'La teoría del *id quod interest*' como principio unitario para todas las formas de responsabilidad por daños en *op. cit.*, págs. 61 y ss., diciendo: «Por el principio del *id quod interest*, se persigue recuperar el valor del bien dañado—según su situación anterior—a través de la *restitutio in integrum*, o mediante el *risarcimento*—resarcimiento en sentido *stricto*—de un valor económico equivalente, o bien con la atribución de una indemnización.» «Resarcimiento en sentido lato, se entiende aquella prestación dirigida a destruir todos los efectos del daño», y, por tanto, se integrará por el valor de todos los perjuicios causados por la violación, suspensión o limitación del derecho de crédito, en la idea de TRIFONE en *Contributo allo studio della liquidazione del danno*, Firenze, 1922, pág. 42.

En tema de bibliografía general: LAURENT, *Principes de droit civile*, tomo 3. París, 1878, vol. XVI, pág. 282; FUMEIA: «De eo quod interest» en *Tractatus univ. iuris*, V. N. I., pág. 14; PASINI: *Dell'id quod interest in diritto romano*, Roma, 1879; CASTELLARI: «De lex aquilia ossia del danno dato» en *Arch. Giur.*, XX, 1890, página 364; NANI: «La teoria dell'id quod interest sotto l'influenza della legislazione e del diritto canonico» en *Arch. Giur.*, 1876, pág. 207; TRABUCCHI: «La stima dei beni o criteri legali di valutazione» en *Scritti giuridici in onore della Cedam*, Padova, 1953, vol. I, págs. 560 y ss.; BETTI: «Interese»—Voz—en *Novis Digesto Ital.*, Torino, 1962, vol. VIII, págs. 828 y ss.; DE ROBERTIS: «Quanti ea res est—id quod interest—nel sistema della grande compilazione» en *Studi e documenti di storia e di diritto*, Roma, 1966, págs. 96 y ss.

daños y perjuicios»; aparte de que así como el *id quod interest* se genera automáticamente por el incumplimiento—al presuponer la frustración del fin del acreedor—, la indemnización de daños y perjuicios únicamente provendrá cuando se prueba efectivamente su realidad y *quantum*, bien adicionada al *id quod interest*—si es que la infracción también ha ocasionado dicho quebranto—, bien en exclusividad cuando a consecuencia del cumplimiento defectuoso persista la posibilidad satisfactiva del acreedor, aunque erosionada: la compensación de ese deterioro provendrá con la indemnización en cuestión. La confusión acaso obedezca a que el *id quod interest* también se integra por un equivalente económico y, por tanto, de igual naturaleza material que la susodicha indemnización.

Por ello, en rigor y técnicamente hablando—siguiendo así la aclaración de la doctrina italiana, que luego se consulta—, cuando no quepa la ejecución *in natura*, el deudor incurre en la llamada responsabilidad al *resarcimiento*, que es distinta a la *indemnización* de daños y perjuicios, aunque coincida en que ambas comportan una traducción económica; en puridad, el *resarcimiento* de los daños y perjuicios padecidos por el acreedor implica la obtención por el mismo de la utilidad íntegra, dinerariamente igual o equivalente a la que le hubiera reportado el cumplimiento voluntario de la prestación por el deudor; por tanto, dicho *resarcimiento* siempre se compondrá del *id quod interest* y, en su caso—esto es, si realmente se han producido—, el montante de la *indemnización* de los daños y perjuicios; luego esta indemnización será un factor que eventualmente integre el concepto más amplio, económicamente tratado, de aquel *resarcimiento* de daños y perjuicios.

I. SISTEMATICA CLASICA. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

A) CONCEPTO

Ya se ha expuesto e indicado que la doctrina suele tratar el tema de la responsabilidad del deudor al abordar el «incumplimiento de las obligaciones», seguido de «las consecuencias del incumplimiento» (13), ana-

(13) Portavoces de ese criterio tan arraigado: CASTÁN, *op. cit.*, págs. 161 y ss. Idem, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 447 y ss. En torno al incumplimiento y sus efectos determinantes de la responsabilidad, puede verse: BELTRÁN DE HEREDIA, J., *El cumplimiento de las obligaciones*, 1956; BIGIANTI: «Irretroattività della risoluzione per inadempimento», *Riv. Dir. Comm.*, 1934, tomo I; CASSIN: *L'exception tirée de*

lizando entonces el artículo 1.101 en su tríada de causas: «dolo», «culpa» y «mora», así como las clases de dicho incumplimiento (14). El profesor Díez Pícazo (15) afirma que cabe un concepto muy amplio de «incumplimiento», considerando esta idea como sinónima de toda infracción del deber jurídico que el deudor soporta, y así el deudor incumple o no cumple siempre que infringe el deber jurídico que le atañe, y habla del «incumplimiento-infracción», al margen de otras especulaciones en torno al tema de extraordinario interés, que luego se constatan (16).

l'inexécution dans les rapports, synalagmatiques, tesis, 1914; BESSONE: *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; BIANCA: «Dell'inadempimento delle obbligazioni», *Comentario Cod. Civil, a cura Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, vol. I, página 159 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, D.: «La excepción de incumplimiento contractual», *A. D. C.*, tomo XVII, vol. 3, págs. 543 y ss., año 1964; ESPINAR LAFUENTE, F.: «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas» en *Estudios de Derecho Civil*, en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS, tomo II, Eunsa, Navarra, 1969, núm. 4, «El no cumplimiento», págs. 128 y ss.; GIORGIANNI: *L'inadempimento*, Milano, 1951, págs. 163 y ss.; existe sobre esta obra—de capital importancia en la materia—un curso litográfico también de Milán del año 1959; MAZEAUD, H. y L., *op. cit.*, traducción de su versión original: *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, parte 2.^a, tomo II; PINTÓ RUIZ en *op. cit.*, Enciclopedia Jurídica Seix.

(14) *Vid.* la trilogía de incumplimientos—por su gravedad, culpabilidad y formas de comisión—que establece F. PUIG PEÑA en «Compendio de Derecho civil Español», T. III, vol. I, 1966, pág. 155.

Así afirma: «a) Desde el punto de vista de *gravedad*: Con arreglo a este criterio, podemos distinguir un incumplimiento propio o absoluto y un incumplimiento impropio, según que con él se ataque la esencia de la obligación o, por el contrario, la conducta del deudor afecte sólo a las partes no fundamentales del vínculo, haciendo posible, no obstante, el cumplimiento de la prestación principal. b) Atendiendo a la *culpabilidad*: Se puede distinguir un incumplimiento doloso y otro culposo, según que la posición del obligado frente al vínculo sea una insatisfacción conscientemente querida o, por el contrario, se haya producido el incumplimiento, debido a la conducta negligente de aquél. c) Por la forma de la *comisión*: Incumplimiento por acción y otro por comisión, según que la naturaleza de la obligación constriña al obligado a mantener un estado de abstención o quietud corporal que incumple o, por el contrario, le obligue a realizar eficazmente una prestación, que no realiza». CASTÁN, *op. cit.*, pág. 139.

(15) L. Díez-Pícazo, en «Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción, teoría del contrato. Las relaciones obligatorias». Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 661.

(16) Son aspectos sugestivos de la problemática del incumplimiento y sus consecuencias, estudiados por BONVICINI, *op. cit.*, págs. 83 y ss.:

La sanción por incumplimiento de la obligación (Distinción entre prestación forzosa—o incluso por equivalente—y el resarcimiento), págs. 83 y 84.—El resarcimiento del daño en el campo contractual, en función subsidiaria y paralela a la prestación, págs. 85 y 86.—Distinción entre responsabilidad de garantía—en función de la prestación—y responsabilidad de resarcimiento, págs. 86, 87 y 88, definiendo dicha responsabilidad como «aquella posición jurídica del deudor que tiene el deber—habla el autor de «funzione»; el cambio obedece a que es más significativo el término en tema de responsabilidad—de asegurar—con su propio patrimonio—al acreedor la prestación y reintegrar el equivalente económico de las consecuencias económicas padecidas por el perjuicio—jurídicamente apreciable—inferido a un bien por efecto de un incumplimiento provisional o definitivo, parcial

B) VULNERACIÓN DEL «PACTA SUNT SERVANDA»: ARTÍCULO 1.091

Este incumplimiento general o «incumplimiento-infracción», por el que el deudor se aparta de lo convenido y no cumple aquello que prometió, esto es, no ejecuta la prestación debida, implica el aniquilamiento de la finalidad del contrato o fuente de la obligación, rompiéndose así el dogma informador de su esencia: *pacta sunt servanda* o lo convenido debe cumplirse; la Ley de Contrato se vulnera o infringe, pues, por el deudor que incumple, por lo que la conducta de éste desoye crasamente el precepto establecido en el artículo 1.091: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos.»

Con esta vulneración no hay duda que se produce el incumplimiento de la obligación. Pero ¿únicamente ha de valorarse dicha vulneración para desembocar en el incumplimiento o cabe también contemplar otro aspecto de la relación obligatoria para, en su caso, estructurarlo?

La doctrina, en efecto, profundiza sobre el particular.

C) FRUSTRACIÓN DEL FIN DE LA OBLIGACIÓN O SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR—MÓDULO POTENCIADOR DEL INCUMPLIMIENTO—. SUPUESTOS DE NO INCUMPLIMIENTO SI ESE FIN NO SE ELIMINA O DESAPARECE

Sin perjuicio de acepciones del incumplimiento, un tanto defectuosas y ya superadas (17), o de la contraposición de los sistemas determinantes de la responsabilidad por culpa del deudor—continental—o sin ella—in-

o total de la obligación convenida» (pág. 88). Implica, pues, el resarcimiento o restitución «in rorum» el equivalente o el «id quod interest» más la indemnización, en su caso.

(17) Así CASTÁN, *ídem*, pág. 139, emplea una clasificación, desde luego, propiciante a cierto confusiónismo—aunque esté muy generalizada—cuando dice: El incumplimiento propio: Por causas de incumplimiento de la obligación que afectan a la esencia de ésta, haciendo imposible su realización. Incumplimiento impropio: de aquellas otras que, sin afectar fundamentalmente al vínculo ni imposibilitar la prestación, suponen una *defectuosidad* o *mal* cumplimiento de lo convenido; su hipótesis más importante es la del «incumplimiento con relación al tiempo, que determina el concepto de la mora». Y es que nos parece que esta modalidad última no se corresponde, como se razonará en el texto, con la citada «defectuosidad o mal cumplimiento». ZITELMANN habló por primera vez de «mal cumplimiento» (*op. cit.*, pág. 158 y nota 7).

glés—, expuestos magistralmente por KARL LARENZ (18) y extractados por PUIG BRUTAU (19), ha sido el profesor DÍEZ PICAZO quien agudamente, al examinar la «delimitación del concepto de 'incumplimiento' de la obligación» (20), contempla la repercusión que en el problema tiene la posición del acreedor o satisfacción de su interés en la prestación; así escribe que si bien en nuestra doctrina jurídica es muy frecuente contraponer los conceptos de cumplimiento e incumplimiento situando en éste todos aquellos casos en que el deudor contraviene el derecho del acreedor o no llega a ajustar su comportamiento a las previsiones establecidas en el acto o negocio jurídico de constitución obligacional, debe subrayarse que «en la idea de 'incumplimiento' penetran dos ingredientes o dos componentes diversos con diferentes cargas de sentido: 1) según que el fenómeno se contemple desde la perspectiva del deber jurídico que pese sobre el deudor—que, a su vez, proporciona el cimiento para el llamado incumplimiento-infracción—o 2) desde la perspectiva del derecho o del interés del acreedor; así, desde el primer punto de vista habrá de preguntarse en qué medida el deudor ha observado o infringido el deber jurídico que le incumbe, mientras que desde el segundo se investigará en qué medida ha recibido satisfacción o ha sido vulnerado o lesionado el derecho o interés del acreedor, a cuyo logro la relación obligatoria se encontraba enderezada»; «en esa idea—añade—, si bajo el primer aspecto, determinar el incumplimiento requiere plantearse su responsabilidad, imputabilidad y participación en el resultado de la infracción, bajo el segundo, la comprobación de la satisfacción o no del acreedor es independiente de cualquier valoración del comportamiento del deudor y, por tanto, un hecho en sí mismo perfectamente objetivo; por esto, la doctrina alemana, más que de incumplimiento, habla de perturbación de la prestación—*Leistungstörung*, *Leistungvereitelung*—, con lo que el análisis primero habrá de examinar las hipótesis de esa perturbación y de objetiva insatisfacción de la expectativa del acreedor y después relacionarlo con la valoración de la conducta del deudor» (21).

Y como se rubrica, no es posible, para determinar si ha existido o no incumplimiento, comprobar exclusivamente la conducta «infractora» del deudor, ya que ésta únicamente lo generará si por la misma se ha frustrado el fin de la obligación o se ha insatisfecho el interés del acreedor,

(18) KARL LARENZ, en «Derecho de Obligaciones», tomo I. E.R.D.P. Madrid, 1958. Trad. J. SANTOS BRIZ, pág. 282.

(19) PUIG BRUTAU, ídem, págs. 417 y ss.

(20) L. DÍEZ-PICAZO, en «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 661.

(21) Ibídem, p. 662, cabe afirmar, a la vista de esa exposición, que el criterio «ad hoc» mantenido, ¿implica una suerte de «tertium genus» entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por el resultado?, al menos, al intentar, en una loable mérito, coordinar ambos polos determinantes de las mismas.

por lo que, en consecuencia, cuando no acaecen esos eventos huelga hablar, en rigor, de auténtico incumplimiento. En esa línea, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (22), esto es, «poniendo en conexión los dos factores anteriormente mencionados, infracción del deudor e insatisfacción del acreedor», culminan el siguiente elenco de posibilidades: 1) El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento que ya estaba obligado a hacerla, pero la prestación, objetivamente considerada, es todavía posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor; en tal caso hay un retraso, que se convierte en mora si se dan los requisitos necesarios para ello; también se ha llamado a esta hipótesis *incumplimiento «impropio»* (23). 2) El deudor no ha realizado ninguna prestación y, además, ésta se ha tornado sobrevenidamente imposible, o aun siendo todavía posible, es inidónea ya para satisfacer el interés del acreedor: en tales casos, la no prestación comporta una definitiva insatisfacción del derecho de crédito y puede hablarse de *incumplimiento definitivo*. 3) El deudor ha llevado a cabo actos dirigidos a cumplir, pero tales actos no se ajustan por completo con el programa o proyecto de prestación tal y como se encontraba establecido. Para denominar a esta situación hablaremos de prestación defectuosa (*Schlechtsleistung*) o *cumplimiento «defectuoso»* o «irritual» (24).

Obsérvese cómo dichas posibilidades no sólo agotan las modalidades de incumplimiento—o más bien todas las conductas imaginables del deudor en punto al cumplimiento de su prestación—en relación con el comportamiento del deudor, sino que al coordinarse con el otro polo de la relación obligacional o satisfacción del interés del acreedor proporcionan una plataforma de exactitud apta para calificar *strictu sensu* cuándo efectivamente dicho deudor es o no responsable a consecuencia de su previa actitud. En definitiva, como se dice, sólo con precitada coordinación se alcanza tanto el incumplimiento del deudor definitivo—segunda hipótesis—como el «cumplimiento defectuoso»—tercera—, y en ambos, naturalmente, se viabiliza su responsabilidad; es una suerte de dinamismo lógico, en donde la causa—conducta del deudor—sólo se viabiliza si su efecto—satisfacción del acreedor o fin de la obligación—así lo consiente.

(22) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN: «Instituciones de Derecho Civil», vol. I. Edit. Tecnos, Madrid, 1973, pág. 395.

(23) Según se vio verifica CASTÁN al establecer las clases de incumplimiento. Vid. nota anterior 17.

(24) El «nomen» de «irritual» lo utiliza JORDANO BAREA en su trabajo: «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita». Comentario a la Sentencia de 9 de junio de 1950, *Anuario de Derecho civil*, vol. 1, año 1954, págs. 303 y ss., en particular, en su pág. 306: «... cumplimiento irritual»... de la «exceptio non rite adimpletus contractus».

II. ADICION SISTEMATICA PERSONAL.

LA RESPONSABILIDAD POR CUMPLIMIENTO «EROSIONANTE»
DE ESE FIN: EL LLAMADO CUMPLIMIENTO «IRREGULAR»,
«DEFECTUOSO» O «IRRITUAL»

Se indicó al principio que la doctrina, por lo general, en tema de responsabilidad contractual, aborda el asunto ciñéndolo al estudio de las consecuencias o efectos del *incumplimiento*, esto es, según la terminología extraída de la clasificación de supuestos que formulan DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, al llamado «incumplimiento definitivo» o incluso al «impropio» o por mora del deudor (25). Esta «doctrina tradicional» (26), que arrancaba del propio estudio científico del B.G.B., pronto se manifestó como inexacta (27), y así, en nuestra patria, entre otros, PUIG BRUTAU (28), y luego DÍEZ PICAZO (29), afirman, siguiendo a LARENZ, que a partir de un trabajo de STAUB de 1904 se razonó cómo esas dos hipótesis clásicas—la mora y el incumplimiento definitivo o imposibilidad total definitiva de la prestación o «no prestación», por causa que le sea imputable (30)—no agotan toda el área de posibles lesiones contractuales, pues es posible encontrar grupos de casos que es preciso

(25) Que conste que este «incumplimiento impropio o por mora del deudor»—en relación con las notas anteriores 23 y 17—, es censurablemente razonado por CASTÁN, en tanto en cuanto lo equipara también al cumplimiento inexacto o mal cumplimiento de la obligación: o sea, la mora determina el «incumplimiento impropio», sí; pero la mora no absorbe todas las posibilidades de cumplimiento defectuoso o mal cumplimiento que pueden provenir no de una irregularidad en el tiempo», sino, claramente, de *la forma como* se ejecuta la prestación, aunque lo sea «oportunamente».

(26) Según literalmente califica DÍEZ-PICAZO en «Fundamentos...», *op. cit.*, página 66.

(27) Así LARENZ escribe: «Los autores del B. G. B. creyeron que con la imposibilidad de la prestación imputable al deudor y la mora del mismo habían regulado todas las formas posibles de infracción de los deberes derivados de la relación obligatoria. Pero esa creencia pronto se manifestó como inexacta» (en *op. cit.*, pág. 362).

(28) PUIG BRUTAU, subrayando aquella inexactitud, escribe: «incluso fuera de los casos en que se infringe la obligación por retraso en el cumplimiento—mora— y por imposibilidad de la prestación imputable a la conducta del obligado, existen otros casos de perjuicios causados por cumplimiento defectuoso o por infracción de otro deber de conducta. La expresión generalizada en Alemania para designarlos es la de 'infracciones contractuales positivas' debida a STAUB» (en *op. cit.*, pág. 424, nota 20).

(29) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, «Fundamentos...», pág. 662, es quien señala el año 1904 como el del trabajo revisor de STAUB; sin embargo, en la crítica que a esta posición formula LARENZ, *ibidem*, pág. 366, habla del año 1902.

(30) Tal y como dice PUIG BRUTAU, *ídem*, pág. 424.

situar en una zona intermedia (31): son los que se comprenden bajo la denominación de «prestación defectuosa», situación en la que el deudor ha llevado a cabo unos actos dirigidos a cumplir, es decir, ha realizado una prestación, pero esta prestación real no coincide enteramente o no se ajusta por completo con el programa o proyecto de prestación tal y como se encontraba establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria (32); en otras palabras, el deudor realiza una prestación que afirma se ajusta a la obligación, sin que en realidad suceda así, es decir, cumple, pero cumple mal (33), por lo que al cumplir el deudor así, en forma negligente o por descuido, tampoco se satisface plenamente el interés del acreedor, pues por ello de hábito se le originan «daños adicionales o suplementarios»—y hasta con independencia de que de esa forma quede o no plenamente satisfecho su interés en la prestación—, frente a los que el deudor debe responder; su prestación no se torna así imposible, ya que es realizable, y el daño producido no se debe al retraso en el cumplimiento, pues si así fuera bastarían los preceptos de la mora para su regulación (34). En dichos casos—expresa LARENZ—, el daño suplementario—que excede del interés en la prestación—fue ocasionado por la ejecución negligente de la prestación misma, por lo cual se puede hablar de un perjuicio del acreedor causado por cumplimiento DEFECTUOSO; pero el perjuicio puede consistir también en haber infringido el deudor no el deber de prestación—o más exactamente, la obligación de cumplir diligentemente la prestación—, sino otro DEBER

(31) Díez-PICAZO describe los siguientes ejemplos, que ilustran la hipótesis, extraídos de STAUB: 1) Un fabricante suministra a un comerciante un determinado aparato de acuerdo con lo estipulado, pero este aparato hace explosión en el establecimiento del adquirente. 2) El socio gestor, obligado por los estatutos a presentar el balance de la compañía, lo confecciona y presenta en el plazo establecido, pero contiene graves inexactitudes desconocidas para los demás socios, con base en las cuales se realizan negocios que son gravemente dañinos para la sociedad... En estos dos casos—continúa Díez-PICAZO—no hay, evidentemente mora, porque los obligados han actuado puntualmente, y tampoco hay incumplimiento en sentido absoluto porque el programa de prestación ha sido llevado a cabo, ciertamente en una forma inadecuada, pero ha sido llevado a cabo (en *op cit.*, «Fundamentos .», p. 662. LARENZ, ídem, págs. 362 y 363, añade el siguiente ejemplo ilustrativo: «Supongamos que un albañil realiza tan mal la reparación de un tejado, de la cual se encargó, que con las primeras lluvias el agua origina en el inmueble daños considerables. Se trata, pues, de una reparación defectuosa realizada, aunque lo haya sido en toda su extensión y a tiempo, por tanto..., ni hay incumplimiento propio ni mora».

(32) Díez-PICAZO, *loc. cit.*, pág. 662.

(33) Según literalmente afirma PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 424.

(34) Se trata de otra clase de daños—se dice por LARENZ—que precisamente han sido causados por la infracción de la obligación del vendedor de cumplir diligentemente la prestación en la forma prevista—«adecuada»— (Ibíd., pág. 363).

DE CONDUCTA derivado de la relación obligatoria (35), y esos perjuicios causados, tanto por cumplimiento defectuoso o por infracción de otro deber de conducta, al no estar regulados en la ley producen una laguna legal para cuya solución—según STAUB—hay que recurrir a la aplicación analógica de los preceptos de la mora, designándolos él mismo como «infracciones contractuales positivas» (36).

En resumen, tanto se hable de «cumplimiento defectuoso», «irregular» (37) o «irritual», lo cierto es que con esas denominaciones se engloban supuestos en los que el cumplimiento realizado por el deudor, por no ajustarse exactamente a lo convenido, «erosiona» o perjudica el fin de la prestación y, de consiguiente, también ha de responder por el mismo.

La predicada aportación personal, en la ubicación sistemática del asunto, se deriva no sólo porque se incluye a dicho cumplimiento «erosionante», como una de las causas de responsabilidad contractual, al margen y además de las provenientes por el incumplimiento definitivo o imputable y por mora del deudor, sino, en particular, como se verá, porque se estima que la posible laguna legal, ya denunciada en el Derecho alemán, puede colmarse en nuestro Derecho a través también del omnicomprendivo artículo 1.101 del Código civil, en su entendimiento integral de la «contravención» o cuarta causa determinante de dicha responsabilidad—particular éste que acaso ha pasado inadvertido a una doctrina muy autorizada y debidamente actualizada (38).

(35) Pone el siguiente ejemplo: «Supongamos que el albañil ha realizado la reparación del tejado en debida forma y la concluye, de modo que ha cumplido su prestación exacta y completamente; pero al marcharse enciende en la buhardilla un pitillo, arroja descuidadamente la cerilla encendida y produce un incendio en el maderamen del tejado. En mi opinión sería artificioso decir en este caso que ha cumplido defectuosamente su obligación, ya que la prestación sólo se cumpliría completamente una vez que hubiese salido ya de la casa. Había cumplido ya la prestación; pero en tanto no abandone la casa en que trabaja está obligado a conducirse de modo que no cause daños previsibles y evitables... A esta obligación se adapta la expresión de «Deber de protección» propuesta por STOLL» (Ibídem, págs. 363 y 364).

Es evidente que, sin perjuicio del interés que ofrece el asunto, y con independencia de la cierta responsabilidad de ese operario—a nuestro entender ya no en vía contractual, sino «ad extra» en lo concerniente al daño adicional inferido por su conducta ulterior a la ejecución prestacional—, en rigor, el conflicto rebasa el marco adecuado y normal del «cumplimiento defectuoso» de la prestación, «sede materiae» de la contravención, como se razonará.

(36) La crítica de LARENZ a ese calificativo la acopla bajo el calificativo de «infeliz o menos feliz fue la designación de STAUB...» (Ibídem, pág. 366).

(37) La expresión cumplimiento «irregular», según posteriormente se constata, cabe extraerla de la propia dicción empleada por el artículo 1.154.

(38) Un ejemplo claro de esa denuncia, en nuestra opinión, lo padece PINTÓ, a pesar de su documentado trabajo ya constatado sobre el incumplimiento en relación con otro suyo de fecha anterior; esto es, no se capta, con sustantividad y

III. CAUSAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL

Es el norte orientador del enfoque personal al problema: la variedad de causas determinantes de esa responsabilidad, tanto sea por incumplimiento propio o definitivo imputable al deudor, tanto lo sea por mora, como por cumplimiento «defectuoso», se encuentran en nuestro Derecho abarcadas y reguladas en el artículo 1.101 del Código civil y, por supuesto, en su modalidad *id quod interest* o en vía de compensación e indemnización, por lo que se omite la otra vertiente—como se aclaró al principio—de la responsabilidad *in natura* o en forma específica (39).

relieve diferenciador, la contravención o cuarta causa del artículo 1.101, sino que se la introduce, difusamente, en el marco genérico de dicho precepto. Así creemos hay que entender éstas sus palabras: «—la indemnización del 1.101...—, ... requiere que el deudor «incurra» en DOLO, NEGLIGENCIA O MOROSIDAD, o en fin contraviniera «de cualquier modo» la obligación que le grava». (Obsérvese, añadimos nosotros, que hasta se degrada en la caligrafía la citada cuarta causa; pero, ¿por qué?) Es decir—continúa—se requiere ineludiblemente—de nuevo emplea las mayúsculas—UN INCUMPLIMIENTO ABSOLUTO O UNA CONTRAVENCION, CUALQUIERA QUE SEA SU CLASE, QUE ESTEN ADORNADOS DE LA CUALIDAD CULPABLES... Al revés de lo que decíamos en otro lugar, con relación al artículo 1.124. Aquí, dado el texto del 1.101 C. c. se comprende que cualquier género de incumplimiento, cualquiera que sea su grado, si produce un daño, es bastante para la constitución del derecho a ser indemnizado, en los casos en que se produzca un incumplimiento absoluto—sea por omisión... , mediante la ejecución de un acto positivamente contrario—o bien de menor entidad—una simple tardanza...—, o en fin, aunque levemente de cualquier manera, se contravenga la obligación. Así pues, mientras exista dolo, o en su defecto, negligencia, cualquier infracción del tenor de la obligación, ora absoluta—incumplimiento—, ora leve (demora, incumplimiento parcial, *ligera contravención*—el subrayado es nuestro—, cumplimiento deficiente, pero apto para el fin perseguido, etc.), si son causa de un daño SERAN DESDE LUEGO SUFICIENTES para producir la constitución de la obligación de indemnizar, pues no es la mayor o menor gravedad o grado de la contravención lo que afecta a la obligación de indemnizar, sino el mayor o menor grado de culpabilidad» (en «La Jurisprudencia del T. S. ...», *op. cit.*, página 201 y nota 3).

Repetimos que no comprendemos esa «falta de visión» en el especialista PINTÓ—que tampoco corrige en su monografía de Seix—, y, creemos, que precisamente, por no sustantivar la cuarta causa, comete estas inexactitudes: 1) Ignorar, hasta «nominatim»—como luego se razonará—que el propio artículo 1.101 habla de ella; al igual que de las tres restantes. 2) Mezclar el tema con el llamado «incumplimiento de menor entidad», o el incumplimiento «leve», en los que engloba la demora, el incumplimiento parcial o la ligera contravención, y a pesar de ello—esto último—no le conduce a tipificar la repetida contravención, como causa independiente. 3) Que, ciertamente, existen grados de contravención, con su base culposa correspondiente; pero ello no elimina la sustantividad, sino que la robustece, como se demostrará.

(39) BONVICINI formula, al respecto, la «distinción entre la obligación contractual y la obligación de resarcimiento por incumplimiento contractual. Obligación primaria y obligación derivada». Y afirma al respecto: «El incumplimiento

Dicho artículo 1.101 establece: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.»

Con su propio simplismo literal, se deriva que dicha sanción indemnizatoria proviene de este elenco *cuatripartito*: dolo, negligencia, mora —al margen de la conjunción empleada—y contravención. Pues bien, se ha repetido y se ratificará que siendo esa sanción y esas *cuatro causas* diáfanas, la doctrina ha escamoteado, por lo general, la última, mientras se dedica abundante extensión a las tres primeras.

Dado el contenido del trabajo, en relación con su finalidad, omitimos el aspecto relativo al alcance y efectos de la indemnización establecida, así como los presupuestos necesarios para su estimativa, que, por carác-

de la obligación contractual, como hecho antijurídico, determina una reacción por parte del ordenamiento estatal tutelador de los intereses privados, y que se explica de dos formas: 1) En un primer aspecto, y derivado de la misma obligación, el elemento de «la responsabilidad de garantía»: responsabilidad constituida tanto por la expectativa de satisfacción para el acreedor como por la «rispondenza» —conducta correspondiente— («Haftung en sentido técnico) del deudor: implica el débito puro («obligatio» o «Schuld» alemán). Responsabilidad de «garantía» o posibilidad de ejecución forzosa que tiende a la realización de la prestación originalmente pactada—o fungible—o bien persigue obtener el importe de una prestación sustitutiva o por equivalente pecuniario de la pactada—se denomina impropriamente «de resarcimiento». 2) En su segundo aspecto, la reacción estatal reconoce y tutela el interés privado del acreedor, generando una nueva obligación que tiene por objeto el resarcimiento del daño. Son, pues, dos aspectos, conceptual y estructuralmente distintos. El incumplimiento, por tanto, determina, en primer lugar, una «responsabilità di garanzia», pero determina también una «responsabilità di risarcimento», cuando, en razón de la efectiva existencia de un daño, el ordenamiento jurídico protege el interés privado del acreedor, imponiendo al deudor la «riparazione» del perjuicio acarreado por la violación de la relación obligacional». Por tanto, en la referencia del daño y del resarcimiento, la obligación contractual es primaria respecto a la obligación del resarcimiento, que es derivada o secundaria» (en *op. cit.*, págs. 89 y 90). *Vid.* asimismo, en relación con estas modalidades, nota anterior 16, a su vez, pues, completada con ésta.

La misma idea diferenciadora late en la distinción de PINTÓ entre la indemnización propiamente dicha y el «*id quod interest*» (en *op. cit.*, «La jurisprudencia...», pág. 207).

Por nuestra parte, como se ha dicho—y para evitar equívocos o falsas interpretaciones—al hablar del «resarcimiento», así como en relación con la postura de BONVICINI—*infra* también nota 16—, en dicho concepto englobamos tanto su «responsabilidad de garantía», que es un auténtico «*id quod interest*» en su fase de ejecución por equivalente, como también su «responsabilidad de resarcimiento», porque, en la idea de PINTÓ, dicha última responsabilidad es correspondiente al concepto, si es que realmente existe, de la indemnización de daños y perjuicios. El *resarcimiento*, pues, como acción omnicompreensiva del equivalente y la indemnización, en su caso, denota, de por sí y hasta en su significación gramatical, su esencia reparadora, en completud de toda la gama de detracciones y perjuicios causados al acreedor por el deudor, y por ello y a su merced «se resarce» o se compensa de los mismos: una especie de «*restitutio in integrum*».

ter, transitarán en otra visión de la misma; ahora, pues, interesa únicamente investigar la etiología de su conformación—al socaire de la normativa transcrita.

A) HERMENÉUTICA DE SU LITERALIDAD: «... LOS QUE EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES INCURRIEREN EN... EQUIVALE A UN INCUMPLIMIENTO». PRECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

Los precedentes de este artículo se encuentran, entre otros, en el libro V, título V, Ley 2.^a del Fuero Juzgo (40); libro III, título XVI, Ley 2.^a del Fuero Real (41); Partida 5.^a, título VI, Ley 3.^a (42); título VIII, Ley 16 de la misma (43), así como el título XIII, Ley 36 de la

(40) Libro V, tít. V, Ley 2.^a: «Si alguno empresta o aluga su cavallo, o su yegua, o su mula, o otra animalia, e por alguna enfermedad murier en poder daquel que la recibiera, debe yurar que ni por su *culpa ni por su negligencia* non fue muerta, e non sea tenuto por la pechar. Mas si muirere por muchas feridas, o por grand carga, o por grand trabajo, peche non sea tenuto de pechar el animalia. E otrosi dezimos de las cosas otra tal animalia al sennor della».

(41) Libro III, tít. XVI, Ley 2.^a del Fuero Real: «Si el emprestido es fecho a pro solamente de aquel que los rescibió, o pierde la cosa por su *culpa*, grande o pequeña, quanto quier que sea la culpa, sea tenuto de dar la valía a su dueño; pero si perdiere por alguna desventura, no sea tenuto de la dar, si la desventura no vino por su culpa, o si no le fizo pleyto de darla a su dueño, maguer que la perdiere por cualquier desaventura que fuese, o si- gela tuvo mas sin razón derecha que no la hubiera de tener, e después al tiempo que la hubiese a dar se perdio...».

(42) Partida 5.^a, tít. VI, Ley 3.^a: «Tal fuerça ha el cambio que es fecho por palabras e con prometimiento delo cumplir que si después alguna de las partes se quisiere arrepentir, la otra parte que lo quiere acabar e auer por firme puede pedir al juez, que lo amande ala otra parte quel cumpla aquello que non quiso cumplir, porque lo non quiero acabar.. E si por auentura el cambio fuesse ya comenzado a cumplir por hecho de alguna de las partes, dando o entregando la cosa que prometiera de cambiar, e la otra parte después desto non quisiese darlo que prometiera, entonçes dezimos, que es en escogencia de aquel que lo cumplió, de cobrar lo que dio, o de demandar al otro los *daños, e los menoscabos*, que le vinieron por esta razón».

(43) Partida 5.^a, tít. VIII, ley 16: «Destajos toman a las vegadas, los maestros, e los obreros, lauores, o obras, por precio cierto, e por cobdicia de las acabar ayna, acuytanse tanto que falsan las alucres, o non las fazen tan buenas como deuin. E por ende dezimos, que si alguno recibiere adestajo lauor de algund castillo, o de torre, o de casa, o de otra cosa semejante: e la fiziere cuytadamente, o la falsare de otra guisa, demanera que se derribe ante que sea acabada, que es tenuto de la refazer de cabo, o de tornar al señor el precio, con los *daños e los menoscabos* que le vinieron por esta razón. E si por auentura non cayere la lauor ante que sea acabada, e entendiere el Señor della que *es falsa: o que non es estable*: entonce deue llamar a omes buenos e sabidores, e mostrarles «la lauor, e si aquellos omes sabidores entendieren, que la lauor es fecha *falsamente*, e conosciere que el yerro auino por culpa del maestro, deuela refazer de cabo, o tornar el precio *con* los daños e los menoscabos al señor della, segund es sobredicho».

El interés de este precedente, para incluso colmar la «contravención» y distinguir la pura indemnización de daños con el *id quod interest*, es mayúsculo.

repetida Partida 5.^a (44). Asimismo, como se expondrá, el Proyecto de 1851 recogía esta sanción en su artículo 1.011.

En cuanto al *Derecho comparado*, no existe con exactitud un precepto semejante ni en los Derechos alemán, italiano y francés.

En el alemán, el parágrafo 276 del B.G.B. determina que el deudor responde por dolo y por culpa o negligencia; en los artículos siguientes se establece el alcance de dicha responsabilidad, y el artículo 284 fija los presupuestos de la mora generadores de la responsabilidad del deudor.

En el italiano, el artículo 1.218, al hablar del «incumplimiento de las obligaciones»—responsabilidad del deudor—, expresa: «El deudor que no cumpla *exactamente* la prestación debida estará obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o retraso se ha producido por imposibilidad de la prestación por causa no imputable»; al menos, en su debido entendimiento del adverbio «exactamente» cabe incorporar en su texto las causas establecidas en el artículo 1.101.

En el francés se establece por el artículo 1.147 del *Code*: «El deudor es condenado, si ha lugar, al pago de daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, ya sea en razón del retraso en el cumplimiento, cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte.» También la amplia y distinta dicción de este precepto al español no obsta para lograr semejante alcance (45).

Porque, en efecto, ya se habla en esta *Ley 16* de una prestación de dar defectuosa, a la que se denomina «prestación *falsa* o fecha falsamente o *no estable*», cuyas expresiones son ricas en resonancias significativas. Pero, además, en la sanción establecida se engloba concurrentemente: La ejecución forzosa o por equivalente —a ello equivale el «refacer» o «tornar el precio» y la indemnización de daños por los menoscabos sufridos a causa de ese «yerro».

(44) Partida 5.^a, título XIII, Ley 36: «Empeorándose la cosa empeñada por *culpa* o por *negligencia* de aquel que la tiene a peños, si tanto fuere el empeoramiento quanto es el debdo de auia sobre ella, pierde, por ende, el derecho que auia en el peño: e si fuere menos, deue ser descontado del debdo quanto fuere el empeoramiento. E si la peoría fue mayor que el debdo, deue perder aquello que auia sobre la cosa empeñada. E pechar sobre esto el señor de la cosa al daño que y acaesciere por razón del empeoramiento. E aun dezimos, que si la cosa empeñada fuer sierua, se vsare della aquella que la rescibe a peños, faziéndole ganar algo por su cuerpo, metiéndola en la putería, que deue perder otrosí el derecho de auia en tal peño. Eso mismo seria si la apremiasse, faziendo el fazer alguna otra cosa desaguisada contra voluntad del señor della.

(45) Sobre las referencias que se apuntan del Derecho Comparado, cabe añadir: Derecho alemán: LARENZ, a propósito de «las infracciones del crédito y causas de su incumplimiento», «La responsabilidad del deudor», examina el artículo 276 del B. G. B.—y su traductor, J. SANTOS BRIZ, señala que es el concordante al 1.101, pág. 280, n. de t.—, analizando las distintas causas y supuestos, en tal precepto y concordantes (en *op. cit.*, págs. 279 y ss.). Derecho italiano: La problemática en torno al juego de los artículos 1.176 y 1.218 del Código, como reglas «generales de la responsabilidad», a propósito de la «Crítica a las teorías que extraen el elemento subjetivo de la responsabilidad del artículo 1.218», véase BON-

La hermenéutica indicada no debe ocultar una realidad inconcusa: la importancia «excepcional», según MORENO MOCHOLÍ (46), de este precepto, porque—continúa—siendo el fundamento general para toda reclamación de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de alguna obligación, había de ser y es de constante aplicación e invocado con más frecuencia QUIZA QUE NINGUN OTRO DEL CODIGO en las más de las contiendas jurídicas.

Del texto transcrito ya se anticipa una postura determinada ante el interrogante planteado, que asimismo se refuerza porque, por lo general, la doctrina examina el precepto en tema de incumplimiento obligacional. O sea, según este parecer, la cuestión planteada habría de ser simplistamente resuelta, en el sentido de que es verdad la equivalencia rubricada y, por tanto, los deudores así «incursos» o «que incurrieren» lo son porque «incumplen» la obligación. Pero ¿es esa versión exacta? En nuestra opinión—y sin que quepa contrastarla con otros pareceres que no se plantean la citada equivalencia como punto *ad hoc* controvertido (47)—,

VICINI, *op. cit.*, págs. 285 y ss. Idem, GIORGIANI, en *op. cit.*, «L'inadempimento», Milán, versión del año 1959, expresa que el artículo 1.218 se aplicará a las prestaciones de cosa determinada y el 1.176 a las demás. Idem, A. TRABUCCHI, en «Instituciones de Derecho Civil», tomo II. E.R.D.P., 1976. Trad. con notas, L. MARTÍNEZ-CALCERRADA, págs. 63 y ss. («Las diversas consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento»). Por lo demás, ya se expone en el texto que el adverbio *exactamente* que el art. 1.218 utiliza, ofrece amplio marco para incluir la diáspora de causas del 1.101 y, por supuesto, la aporía de la contravención. Derecho francés: El artículo 1.147 del Code es objeto de una «Interpretación» particular por los MAZEAUD: «El artículo 1.147 exige que haya incumplimiento de la obligación contractual, y presume que ese incumplimiento se debe al hecho del deudor. Entonces, la cuestión consiste en saber si el deudor que, por un hecho suyo, no cumple con su obligación, incurre en una culpa». Y asimismo en esa idea: «El artículo 1.147 del C. c. *presume* que el incumplimiento de una obligación contractual se debe al hecho del deudor. Por tanto, impone al deudor la carga de la prueba de una causa ajena. ¿Resulta de ello que la culpa no es un requisito de la responsabilidad contractual? De ninguno manera; porque todo incumplimiento que se deba a un hecho del deudor constituye necesariamente una culpa» (en *op. cit.*, págs. 95 y 83, respectivamente). Desde luego que con la redacción, en términos de presunción de responsabilidad del deudor, que el artículo 1.147 establece, se soslayan cuestiones sobre la culpa y se establece un sistema de responsabilidad por el resultado, ciertamente eficiente. Otros antecedentes del Derecho Comparado: arts. 1.279 y ss. del C. c. holandés; 1.225 y ss. del viejo Código y 705 del antiguo portugués; 919 austríaco; 2.114 del de Méjico; 1.443 del de Guatemala; 1.190 de Venezuela; 1.157 Chile; 506 y ss. argentino; 1.302 Uruguay, y 117 del soviético. Artículo 97 del Código Suizo de las obligaciones, en relación con el 47 al 49 y 100.

(46) M. MORENO MOCHOLÍ, en «Comentarios al C. c. Español», Colección Manresa, tomo III, vol. I, 6.ª ed. revisada, pág. ... Edit. Reus, Madrid, 1937, pág. 171.

(47) Y no hay más remedio que proclamar esa denunciada orfandad de instrumentos doctrinales: No sólo en los tratados al uso, sino en las monografías consultadas, y pese a la predicada importancia del 1.101—su praxis es reveladora—, no se ha detectado esa simplista deducción en base a lo que literalmente el precepto dice.

la respuesta debe ser discrepante, o sea, no coincidente con aquella deducción, aparentemente inocua. Y no porque sin necesidad de recurrir a otros argumentos refutadores de tal tesis, la dicción del precepto es bien clara. En el artículo 1.101—aunque la idea o el contenido de su alcance pueda ser más amplio o marginante con el incumplimiento contractual—, la esfera de subjetividad englobada y destinataria de la sanción indemnizatoria impuesta no la constituyen, sin más, «*los que incumplan*» sus obligaciones y, por ende, tampoco, literalmente, se fija el efecto legal de condena, propio de toda proposición jurídica, a causa de un «incumplimiento» que «no está», que «no se dice ni escribe»;¹ que luego, en la tarea integradora, quepa encontrar ese incumplimiento es otra cosa. En resumen, el precepto sólo dice lo que dice, esto es: «Quedan sujetos... los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren...», por lo que esos sujetos destinatarios de la sanción, en principio, no son deudores «infractores o incumplidores», sino «deudores», sí, pero que hasta entonces están cumpliendo o dispuestos a cumplir—luego se examina la cuestión—sus obligaciones. Y aunque en la realidad los supuestos fácticos, de ordinario, que rellenan las premisas legales, responden a otros tantos eventos de incumplimiento, sin embargo, conviene no olvidar que las mismas palabras del artículo no acogen *nominatim* y de antemano a los agentes del incumplimiento, sino a todo deudor en tanto en cuanto se le visiona en su actitud en torno al cumplimiento. El matiz diferenciador nos importa sobre manera, porque de él se suministrará algún otro argumento que robustezca la tesis de sustantividad que se predica de la contravención y hasta las circunstancias de su integración material o de hecho.

a) *¿Exige que el cumplimiento haya empezado?*

La expresión utilizada, en su modalidad adverbial: «... los que *en el* cumplimiento...», conduce, en principio, a la posibilidad de su sustitución por otro adverbio temporal más explicativo, por ejemplo, «los que *durante* el cumplimiento...». ¿Es ello aceptable? Gramaticalmente parece que la respuesta es afirmativa y, por tanto, al parecer, la esfera de subjetividad delineada se refiere a aquellos deudores que «estando cumpliendo sus obligaciones», o sea, han comenzado a cumplir y luego dejan de hacerlo... Si esta conclusión fuera cierta, se reduciría sobre manera el alcance del artículo, porque lógicamente sólo jugaría en aquellas obligaciones cuyas prestaciones se han empezado a cumplir, y posteriormente se interrumpe dicho cumplimiento por «incurrir» el deudor en alguna causa de las descritas, y si especulativamente cabe deslindar ambos

momentos o conductas del deudor, en la «praxis» se estima que únicamente en las obligaciones de tracto sucesivo o mantenidas en el tiempo sería captable la distinción. De rechazo, se excluirían de la órbita del precepto todos aquellos deudores que incumplieran sin más la obligación, o sea, no ejecutaran acto alguno tendente al cumplimiento, hipótesis ésta, como se sabe, de «incumplimiento propio o definitivo», que generalmente se ubica—casi en su totalidad, a tenor de la doctrina tradicional— en el núcleo del artículo 1.101. Por todo ello parece lo más sensato entender que en su marco de subjetividad tanto se encierran a aquellos deudores que inicialmente cumplen o empiezan a cumplir, como a los que inejecutan acto alguno tendente al cumplimiento.

Entonces, ¿cómo se compagina esa solución con la anterior afirmación de que literalmente los deudores del artículo 1.101 no son sólo los «incumplidores»? o, en resumen, ¿cuáles son los deudores comprendidos en el artículo 1.101?

b) *¿Se entiende «cumplimiento» como actividad o actitud general «para cumplir» sin necesidad de iniciarlo?*

La contestación a aquellas preguntas envuelve esta otra, también cuestionable. Y, claro es, que si la respuesta a ésta es positiva, aparentemente se conculca el entendimiento adverbial empleado por el procepto: «... en el...», pues se transmutaría su sentido temporal por una suerte de factor adicionante de matiz psicológico en el deudor.

Una hermenéutica al punto completamente dogmática no es posible. Una solución unilateral tampoco nos parece viable. Un intento de recontrar la *mens legislatoris* es ciertamente quimérico. No cabe sino atraer las diversas coordenadas delimitadoras de la sanción y equipar su entendimiento con una posición sincrética o pluralista. O sea, se aspira a aunar todas las posibilidades: las que respetan el sentido gramatical, así como las que entienden que también puede hablarse de «cumplimiento» *ab ovo*, o en la idea de que el mismo comprende también la etapa previa y personal del deudor que «se dispone a cumplir» en su actitud anímica (48) y, por supuesto, en los casos más generales—de literalidad contradicha,

(48) Esta versión del acaso cumplimiento en sentido «potencial o virtual» nos la sugirió en particular conversación el civilista y Magistrado SANTOS BRIZ, a pesar de que en su conocida obra «Derecho de Daños»—*op. cit.*—silencia tal particular acepción. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.*, pág. 128, se quiere aproximar a la misma al decir: «... Si el cumplimiento es un proceso, una secuencia de actos, también el no cumplimiento podrá consistir en un proceso divergente, o bien en un acto interruptivo u obstativo en una situación contraria».

pero de realidad acontecida—recayentes en los deudores que incumplen de antemano.

Lo importante es subrayar que el artículo 1.101, en su dicción empleada, ofrece amplio marco para subsumir una diversidad de deudores que, aunque literalmente no son «incumplidores», se homogeneizan por un dato común: con su conducta en torno a la prestación no satisfacen el interés de la parte activa o acreedor. Según sea esa conducta, según sea el efecto «insatisfactivo», correlativamente, así será el grado o montante de su responsabilidad.

Por este otro camino, pues, se confirma cómo en tema de responsabilidad contractual deben compaginarse los dos polos de la relación obligatoria: la conducta del deudor y la satisfacción del acreedor o fin de la obligación.

B) REENVÍO AL ARTÍCULO 1.124: ¿IDENTIDAD ENTRE LOS ARTÍCULOS 1.101 Y 1.124, 2.º? SU RELATIVIDAD DE CONSECUENCIAS

Tal vez por la vía del artículo 1.124 podamos asimismo contrastar y delimitar el significado del artículo 1.101 (49).

En efecto, en el artículo 1.124, párrafos 1.º y 2.º, se dice: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados *no cumpliera* lo que le incumba. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.»

La posible relación de estos artículos es claro que proviene de que en ambos se menciona el «resarcimiento de daños y abono de intereses»—en el 1.124—e «indemnización de los daños y perjuicios»—en el 1.101—, de relativa sinonimia (50), y ello siempre a resultas de una actitud del deudor en torno al cumplimiento de su obligación. Pero la diferencia—y en esa idea se constata el dato para la mejor comprensión del artículo 1.101—radica en que en el artículo 1.124 sí se habla de un

(49) En punto a la problemática del artículo 1.124 con su relación al 1.101, además de la obra de ESPINAR: «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», *op. cit.*, págs. 141 y ss. JORDANO BAREA, *op. cit.*, págs. 303 y ss. PINTÓ RUIZ, *op. cit.*, Enciclopedia Seix, págs. 196 y ss.

(50) De «frases sinónimas» también las califica ESPINAR, *ídem*, pág. 115. Pero esa sinonimia no debe ocultar que la voz Resarcimiento tiene un alcance técnicamente superior al de la estricta indemnización en la idea expuesta por BONVICINI: *Vid.* nota 39; no obstante, en la generalidad al uso, dicha equivalencia, en principio, no provoca equívocos.

auténtico INCUMPLIMIENTO: «... para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe»; luego así como en el artículo 1.101, los deudores no puede afirmarse que sólo sean los que «incumplan», los del artículo 1.124 si son siempre «incumplidores». ¿Qué alcance puede tener este distingo? A nuestros efectos, cabría meramente afirmar que la conclusión es elemental: cuando el Código quiere enfrentarse con el deudor que incumple, así lo menciona—caso del artículo 1.124—, y cuando, en consecuencia, lo silencia es que no lo mentaliza—caso del artículo 1.101—. El dato es incontestable, aunque, en opinión personal, incompleto o científicamente parcial o polémico, porque de esa argumentación no parece serio derivar que el artículo 1.101 NUNCA puede aplicarse al deudor que no cumple con su obligación.

Una explicación de viso coherente entre ambos artículos, demostrativa de su relativa identidad, podría ser:

- El artículo 1.124, dentro de su órbita estrictamente sinalagmática, implica una doble protección para el acreedor frente a un deudor que crasamente incumple su obligación: coaccionarle a que cumpla o instar la resolución del sinalagma trabado, y en ambos casos, además—y si se prueban (51)—, exigirle el resarcimiento de daños; es, pues, imprescindible que se trate de un auténtico incumplimiento por parte del deudor de una obligación bilateral (52).
- El artículo 1.101 tanto juega en una obligación bilateral o unilateral y—se repite—no contempla frontalmente al deudor que «incumple» su obligación, sino al deudor que con su conducta en punto al cumplimiento no satisface el interés del acreedor por «incurrir» en alguna de las causas luego delineadas, tanto sea aquel que dispuesto a cumplir luego no cumple como al que interrumpe su cumplimiento o incluso a cualesquiera que no satisfaga el fin obligacional.

Finalmente, cabe plantearse la posible relación entre la «indemnización de los daños y perjuicios» del artículo 1.101 y el «resarcimiento de los daños y abono de intereses» del artículo 1.124, 2.º Aunque no sea el trabajo sede de tratamiento específico del problema y sin perjuicio de la «relativa sinonimia de empleo» que se apuntó, una línea sobre su eventual armonía podía consistir: en un aspecto, al hablar el segundo de «abono de intereses», ¿absorbe el sentido legal, no convencional, de

(51) Idem, ESPINAR, *op. cit.*, pág. 128. PINTÓ, en *op. cit.*, pág. 196.

(52) Esa «necesidad de probar la realidad de los daños y perjuicios» es de universal aceptación en nuestro Derecho; *vid.* con ese epígrafe MANRESA, *op. cit.*, páginas 187 y ss. Idem, CASTÁN, *op. cit.*, págs. 82 y ss., que sintetiza modélicamente la Jurisprudencia del T. S. sobre el 1.124.

la indemnización de daños y perjuicios en las deudas dinerarias que proclama el artículo 1.108? Si fuera así—a ello conduce la servidumbre de literalidad—, el «resarcimiento de los daños», como entidad concurrente del artículo 1.124, 2.º, equivaldría a otro concepto económico distinto a dicha indemnización. ¿Cuál? Creemos que el amplio alcance del artículo 1.106 debe acoger ese «resarcimiento» y, por tanto, seguir ubicándolo en el marco de la indemnización y, por ende, apartar el sesgo restrictivo del artículo 1.108, pues el repetido artículo 1.124 se proyecta en todo tipo de relación bilateral. Y como, en otro aspecto, según expresa PINTÓ (52 bis), tanto en la facultad de instar el cumplimiento—alternativa de opción del artículo 1.124, 2.º—como por la significación de la mora del artículo 1.101—extendible la idea a las otras causas, adicionamos nosotros—, caben, además, en ambas las respectivas acciones de sustitución o por equivalente del *id quod interest*, puede concluirse que uno y otro artículo, aunque con expresiones distintas, se refieren técnicamente a la prístina indemnización o sumando concurrente, en su caso, del *resarcimiento in totum o restitutio in integrum*, que ya se delimitó.

¿Hay, pues, reiteración de sanción por el juego de ambos preceptos? Creemos que no, tanto porque el supuesto fáctico es diverso—sinalagma exclusivo en uno y no en otro—como porque el artículo 1.124 establece una sanción más gravosa para el deudor infractor: A más grave conducta, más grave condena, y, de consiguiente, por ser un «infractor» o «incumplidor» deberá padecer no sólo la coacción para que cumpla, sino la posibilidad resolutoria y además el *onus* del resarcimiento; en el artículo 1.101, de base vincular más amplia, y como la conducta del deudor no tiene que ser tan grave—de nuevo así se obtiene otra prueba de que este deudor no es siempre «incumplidor»—, la condena también es más benigna: únicamente soportará o padecerá la carga de la indemnización establecida (53).

C) EL DOLO

Es la primera causa determinante de la sanción indemnizatoria del artículo 1.101. Examinémosla con un contenido sólo ilustrativo, es decir, tratada suficientemente por la doctrina más reiterativa, nuestro enfoque realzará los aspectos controvertidos en relación con la finalidad expositiva (54).

(52 bis) PINTÓ, ídem, págs. 192 y 193.

(53) Esa tesis la sostiene TRAVIESAS en «Obligaciones recíprocas», R.D.P., 1929, págs. 278 y ss. Idem, JORDANO, *op. cit.*, pág. 306, nota 5.

(54) F. DE CASTRO, en «El negocio jurídico», I.N.E.J., Madrid, 1957, pág. 147. Sobre el dolo, *Vid.* A. COSSÍO: «El dolo en el Derecho civil», 1955. GÓMEZ ACE-

a) *Concepto*

El profesor DE CASTRO, al hablar de los «significados del término dolo» (55), conforme a nuestro Código civil, lo considera como el calificativo de aquella conducta que incumple una obligación (56), y en términos más expresivos, CASTÁN define el dolo como «la acción u omisión que, con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación» (57), sin que sea preciso la intención de perjudicar al acreedor (58, 59), a tenor de la equiparación con la mala fe extraída del artículo 1.107 (60).

b) *Supuestos de incumplimiento por dolo*

En el artículo 1.101 se nominaliza al deudor que «incurre en dolo en el cumplimiento de sus obligaciones», y como el dolo es el grado de máxima gravedad en la voluntad antijurídica, lógicamente dicho deudor será toda persona que más intensamente se aparte del *pacta sunt servanda*, esto es, el deudor doloso o «que incurre en dolo en el cumplimiento obligacional» realiza una conducta—por acción u omisión—de mayor repulsa y antagonismo con la finalidad de la obligación o satisfacción del acreedor; luego esa conducta en donde adquiere su mejor exponente de desvío a lo pactado es precisamente cuando lo infringe, es decir, el deudor doloso, en puridad, infringe la obligación, porque por ello mismo la incumple con «conciencia y voluntad», y esto es así, al margen de lo apuntado sobre que la literalidad del artículo 1.101 no acoge expresivamente al deudor «infractor», lo que si, por un lado, nos es válido para colmar de sentido la cuarta causa o «contravención»—norte del

BO: «La buena y la mala fe; su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el C. c.». RDP., 1952, pág. 103, entre otros.

(55) CASTRO, *loc. cit.*, ibídem.

(56) MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 111, dice: «Existe culpa intencional—delito, dolo—cuando el autor del daño ha obrado con la intención de causar ese daño. No es suficiente con que haya previsto la posibilidad del daño; hace falta que haya querido su realización. Esa mala intención constituye el criterio de la culpa delictual y de la culpa dolosa».

(57) CASTÁN, en *op. cit.*, pág. 151.

(58) Según expresa MANRESA, *op. cit.*, pág. 213.

(59) La sentencia de 9 de marzo de 1962, según MORENO MOCHOLÍ—en *op. cit.*, «Manresa», pág. 212—concreta los supuestos que configuran el dolo civil: Infracción voluntaria y consciente de un deber jurídico; producción de un daño grave y relación causal necesaria y prevista entre aquél y éste.

(60) Tal y como escribe CASTÁN, ibídem, pág. 152. Idem, SANTOS BRIZ, *op. cit.*, página 45.

trabajo—, no obstante, en sede dolosa, no cabe aplicar porque la cualificación deletérea de esta primera causa repele cualquier diseño suavizador del juicio calificativo de su protagonista.

1. *Incumplimiento total*

Por ello, el supuesto que centra la hipótesis del deudor doloso, tipificado en el artículo 1.101, es del «incumplidor total» de la obligación; cabe afirmar que la causa más clara de generación del llamado «incumplimiento propio o definitivo» proviene de la conducta dolosa, porque no sólo no se ejecuta el programa trazado de la prestación, sino que ello se realiza merced a una «voluntad inequívoca del deudor de no cumplir», como afirma Díez PICAZO (61), o por su «propósito consciente, intencionado, de eludir el cumplimiento normal de su obligación», en frase de MORENO MOCHOLÍ (62).

En otro aspecto, aquella gravedad de la conducta del deudor que actúa con dolo, que sirvió de argumentación para deducir que el resultado de la misma debía ser de incumplimiento de su obligación, proporciona asimismo base para adicionar que ese no cumplimiento, impelido por su propia fuerza psicológica maximalista, será total o en todas las posibles partes integrantes de la prestación, con lo que aquella conducta se ofrece con visos de transparencia para su enjuiciamiento sancionador.

2) *¿Cabe el incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso por dolo? Respuesta negativa por integrarse en la «cuarta causa» y, además, por necesidad de sustantivarla*

La respuesta que se añade a seguido del problema planteado tiene claramente su trasfondo explicativo en el anterior razonamiento sobre el incumplimiento total propio del deudor doloso y retratado en el espectro del artículo 1.101.

Examinemos ambos supuestos:

- Incumplimiento parcial por dolo: Esta hipótesis es imaginable si se contempla, por ejemplo, un deudor obligado a una prestación de tracto sucesivo, pero una vez iniciado su cumplimiento, voluntaria o intencionadamente «interrumpe» el mismo, o cuando entrega parte o partes de las cosas debidas. En estos ejemplos y otros

(61) Díez-PICAZO, en «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 680.

(62) MORENO MOCHOLÍ, *ibidem*, pág. 209.

análogos, ¿es correcto afirmar que existe un incumplimiento parcial? Técnicamente parece que la respuesta debe ser negativa, porque dichas prestaciones, cada una en su plena naturaleza, no consienten en el proceso de su ejecución ni interrupciones ni satisfacciones parciales, por lo que también, en esa línea, puede opinarse que entonces asimismo se ha incumplido la obligación; la apoyatura legal a estas conclusiones proviene de la normativa sobre el pago inmersa en los artículos 1.159 y 1.169.

Si en la realidad acaece la circunstancia de que concertada una obligación de hacer, por la cual el pintor *debe* pintar dos habitaciones, y al término de la primera «no quiere» ejecutar la segunda, ¿quid?, ¿hay incumplimiento total o parcial?; en consecuencia, ¿el acreedor podrá reaccionar del mismo modo que si no hubiera pintado ninguna habitación? Obsérvese que el conflicto es bien claro y acontecible, y respondiendo a la segunda cuestión, no parece equitativo que el acreedor se aproveche del resultado ya hecho en la primera habitación y, además, pueda accionar *in totum* contra el deudor. Por todo ello, nos parece pertinente y aconsejable que, en su caso, el evento deba canalizarse por la «cuarta causa» y así modular el *quantum* indemnizatorio a cargo de ese «deudor-contraventor» del tenor obligacional (63).

- Cumplimiento defectuoso por dolo: El planteamiento y la solución son parecidos al anterior, con la diferencia de su diversidad fáctica: aquí, el deudor no interrumpe voluntariamente el cumplimiento de su prestación o la fragmenta, sino que en su ejecución no se ajusta exactamente al dibujo previo delineado de la misma y, por tanto, hace mal lo que debía hacer. Como expresa DÍEZ PICAZO (64), y, sin duda, atisbando que este supuesto enmarca el cuerpo de la «ejecución de una prestación defectuosa, la diferencia más importante que la figura de la prestación defectuosa ofrece, frente al incumplimiento y frente a la mora, es que así como en estos últimos casos se produce una omisión total de prestación, en el primero, en cambio, existe un comportamiento positivo del deudor, que, sin embargo, no se ajusta a los términos del plan o del programa establecido en el acto de constitución de la relación; dicho más claramente, no es que el deudor no haya hecho nada, sino que lo que ha hecho está mal hecho».

(63) Idem, PINTÓ, *op. cit.*, pág. 198. ESPINAR parece que admite «interrupciones» en el cumplimiento: *vid. nota ut supra* 48.

(64) DÍEZ-PICAZO, en «Fundamentos...», pág. 687.

Como este cumplimiento «defectuoso» lo es cabalmente porque se aparta del *tenor* de la obligación, su subsunción en la cuarta causa es elemental: tanto, que a su socaire es como se fortalece la sustantividad de la denominada contravención obligacional.

D) LA CULPA

a) *Concepto*

La segunda causa delineada en el artículo 1.101 plantea problemática análoga y con solución idéntica a la anterior, porque no hay más diferencia que la procedente de su distinta idea nocional. Dicho precepto, al igual que luego hace el artículo 1.103, habla de «negligencia» y no de culpa. Aunque cierta doctrina discrepe de su equivalencia (65), PUIG BRUTAU (66), siguiendo a CASTÁN (67), la define como «la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación», radicando, pues, en «esa falta de malicia» su diferencia con el dolo, y es el propio Código, en su definición del

(65) Por ejemplo, MUCIUS SCAEVOLA expresa: «Para Viso no es lo mismo culpa que negligencia. La primera, dice, es un hecho, puesto que consiste no sólo en omitir lo que debe hacerse, sino también en hacer lo que no se debe, según confirman la regla 23 de Derecho en el Digesto y la Ley 80, tít. XIII, Partida 5.ª... La razón de Viso es indiscutible, porque buenamente no se pueden calificar nunca de negligencia los actos imprudentes comprendidos también en la noción de culpa. Por consecuencia, el Código, aunque en ello sigue la costumbre más general y el común hablar de los autores, yerra al considerar sinónimas las dos palabras, tanto más cuanto que si la culpa tiene una acepción propiamente jurídica, que no deja duda jamás sobre su verdadera significación, la negligencia, en cambio, como término corriente del idioma, envuelve muchas veces un sentido puramente gramatical que no corresponde con el concepto jurídico». (Cfr. Q. MUCIUS SCAEVOLA, «Código Civil», redactado por P. MARÍN PÉREZ, tomo XIX, 2.ª ed. Inst. Edit. Reus, Madrid, 1952, pág. 623.)

Cabe compartir el distingo en terreno de pura semántica; mas jurídicamente la culpa, como tonalidad psicológica del agente, engloba la negligencia.

(66) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 431. MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 110, afirma que clásicamente la culpa es un hecho ilícito imputable a su autor. Transcribe asimismo la definición de PLANIOL: «La culpa es una infracción de una obligación preexistente» (*idem*, pág. 1909).

(67) A tenor de la tesis de SANTOS BRIZ, *op. cit.*, págs. 45 y 46. Y añade: «La culpa contractual se basa según el T. S.—Ss. 2 julio 1951 y 18 junio 1962— en la preexistencia de una relación obligatoria que sujeta a su incumplimiento a indemnizar los daños y perjuicios que en su contravención tengan causa». *Idem*, páginas 53 y 54. F. BONET: «Compendio de Derecho Civil», tomo I. Parte general, 1959, pág. 743: «Referida la culpa en el cumplimiento de las obligaciones preestablecidas, tiene su complemento, para construir una definición más genérica, en la sentencia de 12 de enero de 1928, conforme a la cual la culpa en el Derecho civil es la infracción de la ley, cometida libremente y sin malicia por alguna causa que se pueda y se deba evitar».

artículo 1.104, el que proclama la perfecta identidad entre culpa o negligencia, equiparándolas a la omisión de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación.

b) *Supuestos de incumplimiento por culpa*

1. *Incumplimiento total*

Aun cuando el deudor culposo realiza una conducta de inferior gravedad a la atinente al doloso, tampoco ofrece duda—en nuestra visión del artículo 1.101—que el mismo, y por dicha razón, incumple su obligación, porque, además, salvo esa diferencia en la calificación de su comportamiento, son válidas las consideraciones que entonces se expusieron.

2. *¿Cabe el incumplimiento parcial por culpa o cumplimiento defectuoso?*

Se ratifica lo afirmado, contemplando estas eventualidades:

- Incumplimiento parcial por culpa: O sea, cuando no se ejecuta toda la prestación voluntariamente, pero sin intención o conciencia de ello; técnicamente, como se dijo, y al margen de esa falta de malicia, la prestación no se ha cumplido, y si en la realidad de los hechos cupiera un caso semejante al retratado antes del «pintor que culposamente interrumpe su prestación de hacer», la solución habría de arbitrarse a través de la «cuarta causa», si bien entonces jugarían los módulos correctores o de moderación del límite indemnizatorio establecidos en el artículo 1.103.
- Cumplimiento defectuoso por culpa: Es, sin duda, de mayor verosimilitud que el equivalente por dolo, porque puede opinarse, en línea de general acontecimiento, que en la mayoría de los casos el apartamiento de las notas trazadas en el programa de la prestación por el deudor correspondiente obedece a una apreciable «ligereza» o negligencia en la ejecución de los actos constitutivos de la prestación. Como es evidente, todos aquellos tipos de «deudores *chapuceros*» no son sino otros tantos protagonistas de un *facere* defectuoso de su prestación. El tema, por lo demás, es de acuciante actualidad, por la profusión de oficios artesanos, manuales, más o menos especializados, y cuyas actividades discurren

por vías de ostensible irregularidad (68). Su inclusión, pues, en el seno de la «cuarta causa», atrayente de la realización de prestación defectuosa, parece clara.

E) LA MORA

a) *Concepto: su delimitación con el retraso*

La tercera causa tipificada en el artículo 1.101 es la mora; al margen de que se emplea la conjunción «o» en el precepto como sinónima de negligencia, su sentido copulativo es elemental. La doctrina afirma que en sentido lato «se entiende por mora o demora el retraso en el cumplimiento de la obligación; pero en sentido propio y jurídico sólo es mora el retardo culpable que no quita la posibilidad del cumplimiento tardío, porque si por consecuencia del retraso desaparece la posibilidad de cumplir la obligación, más que mora hay incumplimiento total» (69). De esa misma idea conceptual se observa la implicación de la mora con el retraso, porque, como afirma Díez PICAZO (70), si bien ambos coinciden, en principio, no coinciden con carácter general: retraso hay si llegado el vencimiento de la obligación, el deudor no cumple y no determina por sí solo ninguna consecuencia especial (71); la mora, en cambio, exige algún requisito más que el simple retraso y produce alguna otra consecuencia. La mora exige, por lo general, una reclamación o intimación—constitución en mora—y deriva una especial responsabilidad para el deudor—la contenida en el artículo 1.101—(72).

(68) Es vulgarmente conocido que el «Chapucerismo», en materia de prestaciones de dar, nacidos de cotidianos arrendamientos de servicios o de obra, «está a la orden del día». Frecuentes trabajos encomendados, por necesidades domésticas, a los artesanos o especialistas manuales, se realizan, lamentablemente, con errores o defectos, lo que, unido al incesante incremento del costo de dichos trabajos—contraprestación—produce un malestar que se palpa socialmente; no hay duda que a través de la contravención del 1.101, esas prestaciones «defectuosas» pueden atacarse.

(69) Según CASTÁN, *op. cit.*, pág. 140.

(70) En «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 664.

(71) Y se añade: «Vencida la deuda, el acreedor está facultado para reclamar la prestación y el deudor no puede oponerse justamente a la reclamación, pero nada más» (DÍEZ-PICAZO, *ibídem*).

(72) Como es sabido, «Hay casos en los cuales la intimación del acreedor no es necesaria para que la mora exista—art. 1.100.2.º—. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados...—art. 1.124.3.º, por error se hace constar el 1.100—». (Cfr. DÍEZ-PICAZO, *ídem*, pág. 663).

b) *Incumplimiento total*

¿Qué circunstancias concurrirán en el deudor moroso, a que se refiere el artículo 1.101? Por un lado, en principio, que efectivamente «incurra en morosidad», noción ésta que debe absorber con el ropaje normativo al mero retraso en el cumplimiento. Si, en efecto, a dicho deudor se le califica como «moroso», técnicamente será porque, por su conducta dilatoria, ha frustrado el cumplimiento de la obligación o, lo que es igual, ha impedido que la misma logre su finalidad satisfactiva para el acreedor. Esta conducta, pues, tendrá que jugar no sólo con la naturaleza de la obligación de que se trate, la cual, por ello, ya es irrealizable o no sirve para el plan preconstituido por los intereses del acreedor, sino que, por otro lado, habrá soportado la observancia de los requisitos legalmente establecidos para su citada calificación.

En principio, no hay dificultad en admitir que ese deudor moroso del artículo 1.101, efectivamente, con su dilación «cualificada» ha incumplido su obligación y por ello habrá de soportar la carga indemnizatoria que se establece (73).

c) *El retraso en el cumplimiento o cumplimiento tardío o retraso leve: sus consecuencias e integración en la cuarta causa*

Así como el anterior supuesto, a nuestro entender, no ofrece dificultades, sin embargo, el acogimiento de este otro ha provocado incluso polémicas doctrinales, en particular, por la posible incidencia del artículo 1.124.

Se afirmó que el deudor «moroso» que incumple se verá sometido al peso del artículo 1.101 y, por supuesto, si la obligación es bilateral, con independencia de que el acreedor actúe preferentemente por el cauce del artículo 1.124. La procedencia de la resolución, en su caso, parece clara: si, como se dijo, por esa mora la obligación se «incumple», frustrándose el fin del acreedor, es natural que el acreedor pueda optar en línea resolutoria (74). Mas las dudas aumentan cuando el jurista se enfrenta con el supuesto epigrafiado, porque: ¿Qué repercusión tiene un cumplimiento tardío o retraso leve en el nexo obligacional?

(73) Sin perjuicio, claro está, que el acreedor ejercite la opción prevista en el artículo 1.124—instar al cumplimiento o la resolución—con la indemnización agregada, en su caso.

(74) Vid. ESPINAR, *op. cit.*, pág. 133, que establece como uno de los casos de «no cumplimiento» para la resolución: «la simple mora, tan sólo en el caso del negocio a término», en donde la mora, es claro, que frustra el fin obligacional.

¿Cuando el retraso no es excesivo cabe la resolución de la obligación?

¿Exige cualquier retraso su conversión en mora para el juego del artículo 1.124?

¿Dicho retraso leve comporta la morosidad del artículo 1.101 o cabe integrarlo en la «cuarta causa»?

Estas y otras cuestiones cabría plantearse y sus adecuadas respuestas exceden—salvo la última—del norte perseguido; no obstante, resumimos, al respecto, la opinión doctrinal más autorizada:

- DÍEZ PÍCAZO (75): Al examinar *El retardo y la mora dentro del cuadro de las causas de resolución del contrato*, afirma:
- Existe un sector de la doctrina que estima necesaria la constitución en mora del deudor para que pueda entrar en juego la acción resolutoria razonando sobre una serie de argumentos (76).
- Frente a esa postura se ha objetado que de este modo se asigna a la constitución en mora una función que no es la típica que la ley le atribuye; la función de los actos de constitución en mora no consiste en «fijar» o dar certidumbre al incumplimiento, sino pura y simplemente en reclamar la prestación: para que el deudor incumpla no es menester que el acreedor haya reclamado la obligación, y, además, que el artículo 1.124 habla de «no cumplir la obligación», por lo que «cualquier retraso» supone ese incumplimiento, sin necesidad de que se convierta en mora (77).
- En otro aspecto, contemplando los casos concretos resueltos por la jurisprudencia, se observa que según sean esos casos, las soluciones tienden a la necesidad de la constitución en mora del simple retraso, aunque ello pugne con razones también de tipo práctico: «No parece conveniente imponer al acreedor la carga de constituir formalmente al deudor en mora, y no parece justo

(75) En «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 666.

(76) Sobre el problema, asimismo se manifiestan: JORDANO, *op. cit.*, pág. 306, que en nota 3 transcribe la siguiente doctrina italiana: MESSINEO: «Dottrina generale del contratto», 3.ª ed., Milán, 1948, pág. 477. RUBINO: «Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento», en *Riv. Dir. comm.*, 1947-I, págs. 55-56, que exige la intimación, frente a la tesis de FALZEA. PINTÓ, *op. cit.*, «El incumplimiento de las obligaciones...»; «La mora dejará de ser simple mora en cuanto signifique la frustración definitiva del fin para el cual se constituyó la obligación» (en página 189). Es claro que parece identificar la simple mora con el retraso y la mora, con la técnicamente relevante. Idem, ESPINAR, pág. 133.

(77) Y se añade: «... en aquellos casos en que el legislador ha querido que a la resolución preceda un requerimiento o una intimación, lo ha impuesto de una manera expresa, como ocurre en el caso del artículo 1.504—*lex specialis*», pues, frente a la general razonada—» (DÍEZ-PÍCAZO, *ibidem*, pág. 667).

desestimar una demanda de resolución por un defecto de forma en la constitución de la mora del deudor», por todo lo cual—concluye—, «el problema ni en la doctrina ni en la jurisprudencia puede recibir una respuesta categórica» (78).

- JORDANO BAREA (79): Ha sido el catedrático de Sevilla quien, con ocasión de comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1950, ha aportado mayores útiles para engarzar la problemática con el interrogante último de la incidencia de la «cuarta causa». La tesis principal de dicha sentencia es que no basta un retraso no excesivo para que el acreedor pueda accionar resolviendo el contrato al amparo del artículo 1.124 (80), ratificando un criterio ya sostenido en la sentencia de 5 de enero de 1935. Son apuntes ilustrativos:
- Según PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (81), en la versión de JORDANO (82), «en las obligaciones recíprocas si, a pesar del retardo, el cumplimiento de una de las partes aún tiene interés para la otra, ésta no podrá rechazar la prestación ni pedir la resolución del vínculo por incumplimiento».
- No se puede extender siempre el remedio excepcional y gravísimo de la resolución a los supuestos de cumplimiento INEXACTO, los cuales implican el cumplimiento, si bien de forma imperfecta, ya sea por razón DEL TIEMPO, lugar o modo; en tales casos, siempre que el cumplimiento «irritual» no equivalga al verdadero

(78) La síntesis jurisprudencial que se formula, puede así resumirse:

A) Sentencias que fundan la resolución en el simple retraso: S. de 25 de mayo de 1933 y S. de 15 de enero de 1934. B) Casos de retraso no resolutorio: a) Retardo en la ejecución y cumplimiento tardío: S. de 5 de enero de 1935. b) Retraso del deudor y negativa de cobro del acreedor: Ss. 13 de marzo de 1930 y 5 de junio 1944. c) Prórrogas tácitas y tácita continuación de los pagos: S. 15 mayo 1934 y la particular tesis de la de 28 de enero de 1944. d) Incumplimiento transitorio por causas no imputables al demandado: S. 24 de octubre de 1899. (Cfr. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 668 y 669.) No se olvide el importante trabajo de JORDANO BAREA, «ad hoc» sobre el problema, ya referenciado: «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita», sobre la Sentencia del T. S. de 9 de junio de 1950.

(79) JORDANO BAREA, *ibídem*, págs. 303 y ss.

(80) En cuya sentencia de 5 de enero de 1935—antes indicada en nota precedente—se requería un verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes para que prosperase la facultad del artículo 1.124, no bastando el simple retardo, y también en la sentencia de 10 de marzo de 1949, que afirmó que el mero retraso temporal y justificado, compatible con el designio de cumplir lo prometido no es suficiente para romper el pacto. Puede decirse que es ésta la base del criterio generalmente sustentado por el Tribunal Supremo: Irrelevancia del mero retraso para cimentar la acción resolutoria.

(81) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil de «Enneccerus»*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, Barcelona, 1933, páginas 265 y ss.

(82) *Ibídem*, pág. 305.

y propio incumplimiento, creemos que el remedio no será la facultad resolutoria del artículo 1.124, sino únicamente la *exceptio non rite adimpletus contractus*, que, como se sabe, descansa en el DEFECTUOSO cumplimiento de la prestación, por no ser del todo conforme con los requisitos de lugar, tiempo o modo de satisfacción (83).

- En verdad, cualquier especie de incumplimiento no debe servir de base para la resolución, sino sólo aquel que siendo imputable —según TRAVIESAS (84)—constituya por su gravedad una verdadera inexecución, por no satisfacer ya plenamente el interés de la parte a quien la prestación ha de ser entregada (85); el contrato, pues, es irresoluble si el cumplimiento inexacto de una de las partes tiene escasa importancia habida cuenta del interés de la otra (86), pues no es posible hacer depender la suerte del contrato de circunstancias de incumplimiento en sí mismas irrelevantes o menospreciables para derivar de la facultad resolutoria un provecho desprovisto de causa legítima e idónea, que es lo que ocurre en el cumplimiento «no ritual» (87); así lo entiende el

(83) Y se añade: «En el caso de que tan sólo se cumpla en parte, procederá la resolución parcial del contrato en cuanto al resto y cabrá oponer una «*exceptio non adimpleti contractus*» limitada» (Ibíd., pág. 306, nota 4).

(84) Cfr. TRAVIESAS, en «Obligaciones recíprocas», en *Revista de Derecho Privado*, 1929, págs. 278 y ss. que comenta las sentencias de 24 de octubre de 1899, 29 noviembre de 1912 y 24 octubre 1941.

(85) Se escribe por JORDANO: «El incumplimiento ha de ser, por tanto, grave. Para que la resolución tenga lugar hace falta que el Juez considere *sustancial* la sobrevenida violación del contrato, de tal manera que legitime la demanda del acreedor dirigida a resolver el vínculo contractual. La jurisprudencia tiene declarado que para el éxito de la acción resolutoria es preciso que el incumplimiento sea sustancial. Doctrina que, según la S. de 22 de marzo de 1950, tiene que resultar condicionada en la práctica por las modalidades que, en cada caso concreto, entrañan las cuestiones de hecho que integran el litigio» (pág. 307, nota 6).

(86) El fundamento de lo afirmado es claro: «La razón de por qué la *leve* entidad del incumplimiento precluye la resolución, reside, al mismo tiempo, en el principio de la permanencia de las relaciones lícita y válidamente constituidas y en el principio de la buena fe contractual» (Ibíd.). Tesis ya recogida en el artículo 1.455 del Código: «El contrato no podrá resolverse si el incumplimiento —sin duda por error, JORDANO copia «adempimento»—de una de las partes tiene escasa importancia teniendo en cuenta los intereses de la otra». Se cita al punto el trabajo de G. B. FUNAIOLI: «Domanda di risoluzione per inadempimento e adempimento», en *Riv. del Dir. Comm.*, 1943, II, págs. 159 y ss.

(87) Ibíd., págs. 307 a 310. En la Sentencia de 10 de marzo de 1949 se hace constar que aparte los negocios a fecha fija en los que la prestación tardía no rinde la finalidad perseguida, el mero retraso temporal y justificado, compatible con el designio de cumplir lo prometido, no es suficiente para romper el pacto, ni puede romperlo el contratante que primeramente abandona su recíproca prestación...

Es, pues, la idea que se repite: El simple retraso inviabiliza la resolución: la razón es hasta socialmente atendible; de lo contrario, cualquier omisión mínima

Tribunal Supremo inspirándose en la equidad: ¡es tan humano pasar por alto la pequeña falta de puntualidad del que debe!; un simple olvido o tal vez serias dificultades, no previstas ni queridas pueden justificar, según el Juez, el retraso en el cumplimiento, aunque entonces el acreedor tendrá derecho a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la demora, pero no la resolución.

- En definitiva—y aquí se centra nuestro interés—, la disciplina de la resolución es más rigurosa que la del incumplimiento o inexacto incumplimiento; ésta, según el artículo 1.101, toma en cuenta la culpa más leve, comprendiendo, por tanto, mayor número de casos, mientras que la disciplina de la resolución debe ser restringida, exigiéndose una especie de culpa más grave y cualificada (88).

De la precedente versión doctrinal y jurisprudencial, ¿puede afirmarse que se agota el marco resolutorio de la cuestionabilidad planteada?

En parte sí, y en parte no, y tal mezcolanza obedece, en opinión personal, a que no se atisba con suficiente valor el juego de la «cuarta causa» del artículo 1.101, sin perjuicio de que el propio JORDANO nominaliza esta norma.

La solución a tanta complejidad podría provenir sencillamente:

- De acuerdo con que ese leve retraso, que provoca, por tanto, un cumplimiento «no ritual» o «defectuoso de la prestación»—pues ya no se ejecuta según lo previsto—, debe encauzarse por vía diversa a la resolutoria del artículo 1.124.
- De acuerdo asimismo con que ese retraso no frustra aún—én la hipótesis imaginada—el fin de la obligación, puesto que la misma todavía «puede cumplirse a satisfacción del acreedor».
- De acuerdo también que la reacción del acreedor entonces habrá de ser la del resarcimiento por el quebranto—leve, sí, pero quebranto al fin—, ya no al socaire del artículo 1.124, sino del artículo 1.101; mas—y aquí está la dificultad—, ¿por qué, en ese caso, dicho deudor «ha incurrido en morosidad»? Por principio, la respuesta será negativa, pues, en rigor, se habla de retraso y no de mora, que es lo que tipifica el precepto en su tercera causa.

en la prestación provocaría acciones resolutorias no prístinas en intención, sino «adulteradas» por nuevos móviles interesados en un apartamiento contractual, y, por ello, la litigiosidad se fomentaría. Acaso el Tribunal Supremo ha comprobado que frente a esa patología el principio de «permanencia de las instituciones» ha de privar.

(88) MORENO MOCHOLÍ, en *op. cit.*, «Manresa», pág. 171.

Luego, por su misma necesidad, no hay más remedio que reencontrar a la «cuarta causa» o contravención, y así dicho deudor, bien que no ha incidido en conducta tan grave que se sancione con el artículo 1.124, bien que tampoco hasta la fecha ha incurrido en mora, pero de cualquier forma se ha apartado del cauce previsto en el programa prestacional, porque no ejecutó «a su tiempo» la obligación. Reaparece, pues, la ejecución de una prestación «defectuosa» y, por ende, la subsunción del supuesto en la contravención. A su través, el acreedor podrá accionar para el resarcimiento y el problema se resuelve sin dificultad.

Apréciase, en fin, cómo jugando así la «cuarta causa» no sólo se aclara el asunto, sino que la solución arbitrada es totalmente respetuosa con el sistema establecido *de lege data*.

IV. PARTICULAR REFERENCIA AL CUMPLIMIENTO CON CONTRAVENCIÓN: LA LLAMADA «CUARTA CAUSA» DEL ARTICULO 1.101

A) ESCASEZ DE LITERATURA JURÍDICA «AD HOC»

Pese a afirmarse por MORENO MOCHOLÍ que el artículo 1.101 del Código civil es de una «importancia excepcional y... se invoca el mismo con mayor frecuencia que ningún otro» (88 bis)—lo que es notorio, como se ha constatado—, no obstante, la contemplación por la doctrina patria de la «contravención» o cuarta causa del mismo carece no sólo de un tratamiento monográfico, sino que, por lo general, su alusión se silencia, se hace de pasada o incluso se estima superflua; observemos esa tendencia:

- G. GARCÍA VALDECASAS (89): «La reglamentación de la culpa contractual es, en esquema, la siguiente: El artículo 1.101 establece el principio de que quienes incumplieren sus obligaciones dolosamente o por simple negligencia deberán indemnizar los daños y perjuicios causados.» Y después contempla la dualidad responsabilidad por dolo y responsabilidad por culpa.
- CASTÁN (90): Tras examinar el «cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones» y el cuadro general de las causas de éste;

(88 bis) MORENO MOCHOLÍ, *op. cit.*, pág. 171.

(89) G. GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, pág. 845.

(90) CASTÁN, *op. cit.*, págs. 136 y ss.

estudia la mora (91), la culpa (92) y el dolo (93)—o sea, las tres primeras indicadas por el artículo 1.101—, para, finalmente, y en el marco del «cumplimiento por equivalencia» (94), después de reproducir el artículo 1.101, dice: «Este último concepto de *contravención*—el subrayado es nuestro, dice SÁNCHEZ ROMÁN (95)—es genérico y abraza lo mismo el incumplimiento absoluto de la obligación que el cumplimiento deficiente, defectuoso o indebido, atendidos los términos en que la misma estuviera constituida o debiera cumplirse» (96). Es el criterio más extendido entre los autores patrios, si bien no se alcanza a comprender ese alcance de la *contravención* que SÁNCHEZ ROMÁN apunta equiparándolo al «incumplimiento absoluto», al menos en nuestra idea de sustantividad.

— PASCUAL MARÍN (97): Este autor o *Mucius Scaevola* (98), y a pesar de que, en un principio, parece adivinar la entraña de la «*contravención*» (99), sin embargo, refleja luego una tesis, cuan-

(91) *Ibídem*, pág. 140.

(92) *Ibídem*, págs. 145 y ss.

(93) *Ibídem*, págs. 151 y ss.

(94) *Ibídem*, pág. 164.

(95) F. SÁNCHEZ ROMÁN, en «Estudios de Derecho Civil», tomo IV, pág. 336.

(96) Según la transcripción del propio CASTÁN, *ídem*, pág. 165.

(97) P. MARÍN, en «*Mucius Scaevola*», tomo XIX, 2.^a ed., *op. cit.*, págs. 603 y siguientes.

(98) Se plantea en el texto esa duda por un dato que es simple: Siendo de notoriedad que la colección clásicamente denominada de «*Mucius Scaevola*», o conjunto de volúmenes sobre el Código Civil, a cargo de ilustres juristas, a partir del pensamiento del propio «*Quintus Mucius Scaevola*», contiene, pues, la línea central de dicho pensamiento, sin embargo, en la anteportada de este volumen se hace constar que el mismo ha sido «redactado por el ... MARÍN PÉREZ»; y a pesar también de que el propio autor dice: «... el peligro de desvirtuar casi totalmente el pensamiento de *Scaevola*...»; téngase en cuenta además que la edición manejada es la 2.^a, esto es, parte del contenido sustentado por *Scaevola*.

(99) En efecto, en el principio del «Comentario» al 1.101, se dice: «... según el cual se hallan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados aquellos que en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en una de las expresadas irregularidades, *así como los que* de cualquier modo contravengan el tenor de los compromisos» (*Idem*, pág. 603); y más adelante: «... el legislador ha debido preocuparse no sólo de que la obligación se cumpla en sí, en los mismos términos en que se halla constituida satisfaciendo con esto la primera y principal de las naturales exigencias del acreedor, SINO de que se libere al mismo de sufrir las consecuencias de la conducta viciosa del deudor cuando, por haber abandonado la línea de conducta que le estaba impuesta, produce un daño o perjuicio de cualquier género. El deudor se halla obligado a conducirse RIGOROSAMENTE en un sentido que dirija siempre al cumplimiento PERFECTO de la obligación contraída... Si, pues, quien estaba obligado a entregarnos una cosa no nos la entregó o nos la entregó fuera de tiempo o en *condiciones distintas* de las estipuladas, y hemos sufrido un mal por ello en nuestros intereses...» (*ídem*, páginas 603, 604 y 605). Se insiste en que no se comprende esa incoherencia con la conclusión que luego se transcribe en el texto.

do menos, contradictoria. En efecto, se escribe al punto: «Lo único que privativamente corresponde a este artículo es este concepto de la contravención, al tenor de la obligación contraída de que trata la última oración gramatical del artículo 1.101. Pero la frase tiene verdaderamente muy poco valor en las obligaciones de dar o hacer, porque cuando la contravención del compromiso se produce sin dolo, sin negligencia y sin morosidad, no hay forma posible de que proceda la indemnización de daños y perjuicios, que en este supuesto no se han causado ni han podido causarse. Se contraviene al tenor de tales obligaciones dando una cosa por otra, dando distinta cantidad o prestando diferente servicio de aquel a que se estaba obligado; pero si esto ha sucedido en tiempo anterior al vencimiento de la obligación y, por consiguiente se está todavía en el caso de cumplirla en los términos que le corresponden, si no hay morosidad, en una palabra, ¿dónde estará el derecho de exigir la indemnización de daños y perjuicios? Y si, por el contrario, el deudor ha incurrido en mora y ya no procede, por una razón o por otra, el cumplimiento propio y natural de la obligación, ¿qué falta hace acudir a otro concepto que el de la morosidad para establecer el derecho del acreedor a la indemnización de daños y perjuicios?» Con independencia de la evidente censura a lo transcrito (100), la idea sirve de exponente del denunciado, sesgo subvalorador que se padece en torno a la cuarta causa.

- PUIG PEÑA: Como se dijo, es, tal vez, de los pocos juristas españoles que estudian con cierto sentido el llamado «cumplimiento defectuoso de la obligación» y su relación con el artículo 1.101 en punto a la contravención. Partiendo de que «la antigua doctrina distinguía entre prestación diversa y prestación defectuosa, aplicando las consecuencias jurídicas del incumplimiento total sólo en el primer caso..., aunque, no obstante, la moderna doctrina mercantil tiende a parificar los efectos de una y otra», afirma que el «incumplimiento impropio—o de segundo grado—es cuando el obligado, aunque realice la prestación, no lleva a efecto ésta exactamente en el mismo tenor establecido en el vínculo». La

(100) La contradicción, además, conculca gravemente la letra del propio artículo 1.101. Se quiera o no, se detecte o no, la literalidad de dicho precepto es diáfana: alude a cuatro tipos de deudores, incursos en responsabilidad, por lo que no cabe ignorar al último o subsumirlo en los anteriores. Y es la doctrina la que, honestamente, debe intentar sustantivar, en lo posible, a ese cuarto y último deudor. Es el norte de nuestro proyecto. Como se expresó en nota anterior número 38, también padece este error el monografista PINTÓ (*op. cit.*, «La jurisprudencia...», pág. 201 y nota 3).

doctrina alemana alude, aunque no muy concretamente, a la «violación positiva del crédito»: actos del obligado que suponen una defectuosidad en su comportamiento en relación con el vínculo, es decir, no es que el obligado incumpla, sino que cumple mal, lo que supone, claro está, un incumplimiento impropio. Se califica de *violación* porque efectivamente se falta, a tenor de lo establecido; se dice que es *positiva* para diferenciarla de los supuestos claros del *no cumplir*, como sucede, por ejemplo, con la mora y la imposibilidad subsiguiente. ENNECERUS dice que (en el cumplimiento defectuoso) no existe un no hacer, por el que se incumpla la obligación, ni tampoco un hacer tardío—supuesto de la mora—, sino un hacer irregular, es decir, un mal hacer. «Las hipótesis—continúa PUIG PEÑA, y el mérito de su encaje legal es evidente, aunque luego no obtenga todos los resultados fructíferos consiguientes—del mal cumplimiento habrá de determinarse con arreglo al texto de la obligación. Por eso dice nuestro artículo 1.101 que quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones... contravinieren de *cualquier modo* el 'tenor' de aquéllas» (100 bis).

(100 bis) A continuación PUIG PEÑA, y a manera de conclusiones de lo anunciado, afirma: «Sobre estos supuestos de incumplimiento impropio debemos decir que:

a) Perteneciendo, como todo incumplimiento, a la teoría general del injusto, habrán de tenerse en cuenta los principios de la culpabilidad; por consiguiente, el mal cumplimiento tendrá que ser un mal cumplimiento culpable.

b) Que, por regla general, el mal cumplimiento determinará los efectos típicos del incumplimiento impropio; o sea la pertinente indemnización de daños y perjuicios.

c) En algunas y particulares hipótesis, el *mal cumplimiento* puede provocar un incumplimiento propio, con sus típicos efectos resolutivos, cuando la obligación accesoria que se viola haya sido incorporada al contrato como fundamental o suponga ya un peligro serio para la subsistencia posterior del contrato—o «peligro para el fin del contrato», como dijera STAUB; o «ya no puede exigirse al acreedor la espera de un cumplimiento regular», según ENNECERUS—. Dentro del análisis de incumplimiento impropio procede estudiar la doctrina de la mora...» (Cfr. F. PUIG PEÑA, *op. cit.*, «Compendio de Derecho Civil Español», tomo III, vol. I. Barcelona, Ed. Nauta, 1966, págs. 157, 158 y 159).

Es evidente, como se ha indicado, el acierto de PUIG PEÑA en la ubicación normativa del «mal cumplimiento», así como, en general, la ortodoxia de sus conclusiones; no obstante, padece el sesgo común de no subrayar institucionalmente la «contravención» o cuarta causa del 1.101.

B) RAZONAMIENTO DE SU SUSTANTIVIDAD COMO «CUARTA CAUSA» DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. PRECISIÓN CONCEPTUAL: RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.098, 2.º LA CONTRAVENCIÓN ESPECIAL ABSORBE EL CUMPLIMIENTO «EROSIONANTE», «IRREGULAR», «DEFECTUOSO» O «IRRITUAL»

Es nuestra tesis y por ello el teleologismo del presente estudio.

Pero ¿qué es la contravención?, o más exactamente, ¿cuál es el sentido de la contravención establecida en el artículo 1.101?

Es preciso delimitar ese significado porque en el tema, como se verá, interfieren algunos precipitados propiciantes al equívoco.

Según ALEMANY (101), contravención es la «acción y efecto de contravenir», y contravenir implica «obrar en contra de lo que está mandado», de donde se extrae ya la nota consustancial al término de que toda contravención supone una actuación contraria a lo ordenado o, traslaticamente, a «lo obligado». Incorporando la voz al tema contractual, el deudor contraviene cuando su conducta es contraria a lo que debe hacer, es decir, no cumple conforme a los términos de la prestación. Y hay que precisar que la contravención tanto aparece si dicha conducta es por completo contraria al deber de prestación—casos de incumplimiento propio o definitivo—como si, en cualquier modo, también discrepa o «contradice» los términos de aquel deber según el mismo está prefijado. Podría, pues, hablarse de una *contravención absoluta*, sinónima del incumplimiento total, y una *contravención especial*, inajustada al sentido y término de la obligación: por la primera, el deudor no cumple lo que le incumbe, porque no hace lo debido o hace lo prohibido, y por la segunda, si bien el deudor cumple, su conducta o acción «va en contra» de lo que exactamente constituye la prestación, es decir, «cumple, pero cumple mal». Naturalmente que la sustantividad de «cuarta causa» provendrá de esa llamada «contravención especial», con lo que, de consiguiente, se aparta su decurso de los anteriores incumplimientos definitivos, que, obvio es, transitan por la sede de la «contravención absoluta» (102).

(101) ALEMANY Y BOLUFER: *Nuevo Diccionario Ilustrado «Sopena» de la Lengua Española*, nueva ed. Ed. R. Sopena, 1967, Barcelona, pág. 306.

(102) El monografista PINTÓ, aunque no alcanza las técnicas conclusiones sobre la «contravención»—como se ha indicado—, no obstante, aborda «ad hoc» el tema de ésta a propósito del 1.101. Tras afirmar que para que exista incumplimiento será necesaria siempre la *contravención* de la obligación—de esta idea cardinal, sin duda, parte su carencia de virtud sustantivizadora de la cuarta causa—, analiza dicha contravención, afirmando: «La contravención o falta de cumplimiento es siempre un acto jurídico que tiene por sujeto al incumplidor, y que puede consistir ora en una abstención, ora en una actividad. Examinemos por separado ambas situaciones. a) Abstención: Cuando la obligación consiste en hacer

Precisado así el concepto de la «cuarta causa» es fácil, por ejemplo y a título ilustrativo, relacionar el «nomen» del artículo 1.101 con el igualmente empleado en el párrafo segundo del artículo 1.098: «... Si el obligado a hacer alguna cosa la hiciere *contraviniendo* al tenor de la obligación, se mandará ejecutar a su costa. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.»

Es sabido que este artículo 1.098 emplea el término «contravención» siguiendo el influjo de los artículos 1.143, 1.144 y 1.145—este último respecto a las obligaciones de no hacer—del Código civil francés (103).

La doctrina, examinando el «cumplimiento irregular de las obligaciones de hacer», sí ha estudiado el significado y alcance del artículo 1.098, y después de afirmar que «hay muchos grados posibles de contravención» (104), concluye relacionando este precepto con el artículo 1.101, que en caso de incumplimiento por esta vía del artículo 1.098, el acreedor puede exigir: que la cosa no hecha por el obligado se ejecute a su costa, que lo mal hecho se deshaga y que si no cabe sustitución del deudor por otra persona o incluso si «lo mal hecho no puede des-

o dar—prestación de contenido positivo—la forma de incumplimiento, en sus diversos grados, revista la forma de abstención, más o menos intensa... Pero la abstención tiene también *sus grados* o matices. Puede ser transitoria o definitiva; en el primer caso nos hallamos en una situación de mora, se trata de una abstención que cesará y que por ende tiene menor grado y trascendencia que aquella abstención definitiva y que constituye el propio incumplimiento; y se regula en los arts. 1.100 y 1.101... Hay otras situaciones en las que tampoco la abstención es total, sino parcial—cuando se cumple sólo en parte—, es decir, cuando no se realiza la total e íntegra actividad, sino tan sólo una parte de ella. Aparentemente esta situación no puede equipararse al propio incumplimiento, pero el Derecho civil, al salvaguardar la identidad e integridad de la prestación, prácticamente la equipara... Ahora bien, al revés de lo que puede ocurrir con una actividad positivamente contraria a la previsión del contrato o con una actividad defectuosa, el hecho de que se produzca una abstención parcial no significa rigurosamente que se haya producido ya el incumplimiento total, puesto que puede tratarse, en cuanto al resto no cumplido, de una *simple mora*; así, pues, el incumplimiento parcial, cuando no es expresión de una *simple mora* no calificada, puede equipararse al incumplimiento total» (en *op. cit.*, «El incumplimiento...», págs. 188 y 189).

Es lamentable que tras captar PINTÓ esa diversidad de contravenciones, según sus grados, se obstine en no sustantivar la cuarta causa, a pesar de que el tema lo alberga en sede del 1.101. Sin duda, padece el simplismo—ya hoy superado, como se dijo—de admitir exclusivamente dos tipos de incumplimiento: el propio o definitivo y el impropio, que absorbe al defectuoso o mal cumplimiento que la doctrina más clásica siempre lo canaliza a través de la mora, siguiendo así el parecer de CASTÁN, *op. cit.*, pág. 139.

(103) Artículo 1.143: «Asimismo el acreedor tiene derecho a que lo efectuada por «contravention» sea destruido...»

Artículo 1.145: «Si la obligación es de no hacer, aquel que la contravenga indemnizará daños e intereses por el solo hecho de la «contravention»».

(104) MUCIUS SCAEVOLE, *op. cit.*, pág. 566.

truirse» (105), podrá reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios, al amparo del artículo 1.101 (106).

Y como, por otro lado, el artículo 1.099 establece igual sanción a la del artículo 1.098, 2.º, «cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido», dicción que también atrae la «contravención», como literalmente señala el artículo 1.145 del Código francés, pueden, en fin, sentarse estas conclusiones de relacionabilidad:

1) La contravención del artículo 1.098, 2.º, en principio, se aproxima más a la llamada «*contravención absoluta*», esto es, a la aplicable al incumplimiento propio o definitivo, y al estar delineada en sede prestacional de hacer, implica: Una conducta positiva del deudor contraria a la establecida por la prestación y, es más, que por su propio resultado elimine o frustre por completo el fin de la obligación; de ahí que el legislador acople la sanción del número 1.º de ese artículo 1.098, o sea, que se ejecute la prestación «a costa de ese deudor contraventor», lo que conduce a la sustituibilidad del deudor si el *facere* no es personalísimo en la idea del artículo 1.161 (107), con lo que por un tercero se ejecutará de nuevo la prestación, que es tanto como afirmar que «no se ha hecho el hacer», máximo grado de vulneración, contravención o incumplimiento, y aparte de la destrucción, en su caso, de «lo mal hecho», a costa también de ese deudor contraventor, no hay dificultad de que el acreedor pudiera también accionar en vía de indemnización de los perjuicios causados, al amparo del artículo 1.101. Si la obligación por su naturaleza no consiente la sustituibilidad, entonces el acreedor, al margen de la eventual destrucción de lo mal hecho, se auxiliará íntegramente en el artículo 1.101. Pero, entendámonos, siempre que el acreedor por tales conductas «gravemente contraventoras» de su deudor recurra

(105) M. SCAEVOLA se plantea el interrogante «¿siempre se habrá de destruir lo mal hecho?, ¿siempre se habrá de ejecutar de nuevo la obligación mal cumplida a costa del deudor? Hay ocasiones—añade—que la destrucción es imposible, y otras en que sería absurda; y señala estos casos: si se obligó a podar unos árboles y el deudor los tala, no cabe «deshacer lo mal hecho»; si se convino derribar un piso de una casa y se ha derruido toda ella, no cabe—no es normal—volver a construirla y luego derribar el piso; si se encargó una estatua y se hizo otra, tampoco es normal que se destruya la hecha y se haga la encargada. Las soluciones, pues, en esos casos y otros análogos, provendrán por la vía del resarcimiento» (en *op. cit.*, págs. 568 y 569).

(106) Según CASTÁN, *op. cit.*, pág. 105.

(107) Sobre la proyección de este artículo 1.161 en las prestaciones de hacer, en su directa relación con el contrato de trabajo, ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en la monografía «Explicación civilística del sistema instituido sobre el despido improcedente», *Anuario de Derecho Civil*, separata año 1974, págs. 565 y siguientes.

Vid. asimismo nota 127 *infra*.

al artículo 1.101 habrá de encauzar la defensa de sus intereses no por vía de la «contravención genuina» del mismo, sino, a nuestro entender, por la primera causa o dolo del citado deudor: La misma dicción terminante del artículo 1.098—«... no la hiciere..., sí la hiciere...»—revela una conciencia y voluntariedad en el ánimo del deudor, que, en nuestra terminología y por su propia gravedad, conforman la mayor contravención y, por tanto, su inclusión en el dolo resulta consecuente (108).

2) Si la obligación es de no hacer, según el artículo 1.099, la contravención, así cometida por la conducta positiva del deudor, con mayor evidencia debe subsumirse en la de tipo «absoluto» o equivalente a un incumplimiento propio o definitivo. Y el razonamiento en el caso anterior se refuerza con el obtenido, más nítidamente, del artículo 1.099. Si las sanciones son iguales entre el artículo 1.098, 2.º, y el 1.099 será porque los presupuestos contemplados también coincidan, salvadas las diferencias actuantes según la obligación de que se trate. Si en el artículo 1.099 no hay duda de que se alberga a un prístino contraventor, porque ejecuta lo que tenía prohibido—exponente de transgresión en la cúspide—, también en el artículo 1.098, 2.º, que actúa con la misma sanción, se retratará a un tipo de deudor distante y opuesto al prefijado en el esquema obligacional.

3) Frente a las anteriores contravenciones, la del artículo 1.101, *in fine*, nos parece más flexible o atenuada, pues por ella se acogen a aquellos deudores que cumplen, aunque mal, pero sin que por su conducta se eliminen totalmente los efectos o fines perseguidos por el acreedor. Se trata de la *contravención especial*. Por la misma se engloban todos los supuestos integrantes de la modalidad de cumplimiento distinto al definitivo, así como a la mora—de que se habló al principio (109)—, esto es (y conjugando los dos factores significativos para compulsar la

(108) La doctrina desmenuza los supuestos posibles del 1.098: «1) Cuando el deudor ha cumplido su obligación, contra el tenor de la misma, el acreedor podrá pedir que se ejecute de nuevo en la parte indebidamente cumplida, bien por el mismo deudor, bien, en su defecto, por la persona que designa el Juez. (Es, pues, una suerte de ejecución parcial «in natura», frente a la que cabe argüir que puede asimismo acometerse si el evento se ubica, como debe ser, en la 4.ª causa del 1.101.) 2) Cuando la ejecución duplicada sea imposible, como en el derribar una casa, el derecho del acreedor se limitará a la indemnización de los daños y perjuicios. 3) Cuando lo ejecutado indebidamente no pueda o no debe de derecho repararse, el acreedor se conformará con obtener la indemnización correspondiente. 4) Cuando puedan ser las cosas restablecidas al ser y estado que tenían, pero no se necesite hacerlo, en todo o parte, para el debido cumplimiento de la obligación, el acreedor carecerá de derecho para solicitar la destrucción o modificación en todo aquello que no perjudique a la obligación reclamada. Prudentemente, pues, el Código, cuando permite deshacer lo mal hecho, emplea el verbo «podrá»; lo que al tratar de la destrucción, se convierte en medida potestativa...» (SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 569.)

(109) Cfr. Díez-PICAZO, en *op. cit.*, «Fundamentos...», pág. 686.

posible transgresión de la conducta del deudor: su propio comportamiento y resultado producido en la obtención del fin satisfactivo del acreedor), con distinta terminología: determinantes de un cumplimiento «erosionante» de la prestación, porque por ese «mal cumplimiento» se menoscaban o disminuyen los efectos o provechos en favor del acreedor—se cimenta, pues, el nombre en su resultado material reductor—; «irregular», porque el cumplimiento del deudor no ha discurrido por los cauces de normalidad deseada; «defectuoso», porque tanto por su causa como por sus efectos ha padecido faltas y ocasionado defectos al acreedor; «irritual», por no acoplarse al «rito» o programa trazado exactamente al constituirse la obligación; términos, pues, que valen en plena sinonimia, si bien el más extendido es el de «cumplimiento defectuoso», ya usado por LARENZ (110), o utilizándose otras expresiones conjugadoras del fenómeno (111).

a) *Alcance de la expresión del artículo 1.101: «... los que...»*

Un primer argumento de sustantividad se extrae de la hermenéutica literal del precepto. Afirmar, pues, que el artículo 1.101 delinea cuatro supuestos determinantes de la responsabilidad contractual en vía de resarcimiento—según el sentido técnico adosado por nosotros a la tesis de BONVICINI (112)—no es sino constatar el fruto de una simple lectura de aquél; la misma conjunción copulativa «y», al término de la enumeración casuística procedente, con su enlace en sujeto plúrimo final, *los que*, revelan meridianamente que estos deudores son otros distintos a los tres anteriores—los dolorosos, culposos y morosos—, porque, además, para fortalecer el sentido gramatical, asimismo se nominalizan empleando el pronombre correspondiente, al igual que se hace para tipificar, al principio, a esos distintos tres deudores, es decir: *los que*.

Esta elemental constatación, o en otras palabras, que el artículo 1.101 contempla un cuarto grupo de deudores—los «contraventores»—frente a los dolosos, culposos y morosos, acusa más gravemente a la doctrina, que si bien estudia con detalle la triple enumeración precedente, silencia, como se dijo, a éstos. ¿Por qué?

(110) LARENZ. expresamente en el párrafo 23 de su capítulo 3.º, habla, en términos de rúbrica, de «Cumplimiento defectuoso...», *op. cit.*, págs. 362 y ss.

(111) Así con esa línea conjugadora el profesor Díez-PICAZO habla de «El cumplimiento inexacto de la obligación y la ejecución de una prestación defectuosa», *op. cit.*, págs. 686 y ss.

(112) No se olvide, en el plano técnico, la distinción que formula BONVICINI entre Responsabilidad de garantía y Responsabilidad de resarcimiento, y muestra pericial sobre el resarcimiento. *Vid.* al respecto, notas 16 y 39.

b) *Precedentes del proyecto de 1881: su artículo 1.011*

Aparte los reflejados de tipo histórico, se apoya la sustantividad de la cuarta causa de las restantes—y, por tanto, su no inclusión en las mismas—recurriendo al argumento significativo del contenido del proyecto de Código civil de 1881 y al comentario—bien escueto, por cierto—de su ilustre comentador, GARCÍA GOYENA. Como se sabe, en su artículo 1.011 se decía: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses los contrayentes: 1) Por dolo. 2) Por negligencia. 3) Por contravención a lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo. 4) Por morosidad.» Y GARCÍA GOYENA (113), refiriéndose a este precepto, afirma: «Todos los Códigos están de acuerdo sobre este artículo: el dolo y la culpa o negligencia no deben perjudicar sino a su autor, y los números 3 y 4 envuelven, por lo menos, la culpa.»

Del repetido artículo y su comentario conviene destacar:

1) La adición de «abono de intereses», que el artículo 1.101 suprime, sin duda, por integrarse en el ámbito de la indemnización, a tenor del artículo 1.108, en su caso.

2) La colocación enumerada de las cuatro causas o los cuatro tipos de deudores, relegando la mora al último lugar.

3) La formulación de la «contravención» con mayor justeza, precisión y claridad que la del artículo 1.101. La dualidad referida persigue una aspiración de completud: es contraventor lo mismo el que «no

(113) Dicho artículo 1.011, como es sabido, se enmarca en la Sección III «Del resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses», T. V, C. III, Tomo III, Libro III, del Proyecto de 1851.

Se ha empleado al respecto la siguiente obra: «Concordancias, Motivos y Comentarios del C. civil español». F. GARCÍA GOYENA. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del profesor LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el C. c. vigente. Zaragoza, 1974.

Sobre el conocido relieve de este proyecto para el entendimiento del Código, escribe el profesor LACRUZ: «Peña y Bernaldo de Quirós que ha publicado con utilísimo aparato de notas el eslabón que media entre el proyecto isabelino y el Código llega a decir: 'que el Proyecto de 1851 es el Código civil en una etapa muy avanzada de su elaboración'. Palabras—continúa el profesor LACRUZ—que cualquiera que se adentre en la comparación y estudio de tales textos forzosamente habrá de suscribir... García Goyena es, en verdad, no sólo el gran motor de la codificación legal española, sino también el primer comentarista de la mayor parte de los preceptos del Código civil, y el mejor auxilio para su interpretación» (Cfr. PP. V y VI).

El valor, pues, del precedente artículo 1.011 es inconcuso, y en él, como se dice, la sustantividad de la contravención es tan clara que hasta, en su elenco ordinal, se antepone a la morosidad, ocupando un rango superior y exclusivo, af igual que las otras.

cumple todo lo pactado» como el que «lo cumple o ejecuta» mal o contrariamente a lo pactado; y evita equívocos (114).

4) GARCÍA GOYENA se limita a centrar el asunto en el tema de la culpabilidad o imputabilidad de la conducta para su autor o autores, según los cuatro grupos, afirmando que en los mismos existe cierto grado de culpabilidad (115).

c) *La contravención de la obligación, ¿es distinta de su incumplimiento por dolo, culpa o mora?*

La demostración de lo rotulado se deriva de toda la argumentación expandida a lo largo del trabajo en pos a su finalidad sustantivadora.

En efecto, reproduciendo, en síntesis, de lo ya constado, se desprende:

- Como afirma el profesor Díez PICAZO (116), un supuesto completamente distinto a lo que hemos llamado incumplimiento definitivo—casos para él de «no prestación»—y distinto también de las hipótesis de retardo y mora es el que se puede llamar «cumplimiento inexacto de la obligación» (117). Y en el incum-

(114) En efecto, con esa dicción entendemos que no se podría honestamente escribir lo siguiente: «... refiérese el legislador en este artículo 1.101 directamente al cumplimiento, deficiente o defectuoso, pero cumplimiento al fin... De otro lado, al hacerse la enumeración de los modos de infracción, hálase de dolo, negligencia o morosidad, y se agrega 'los que de cualquier otro modo', con lo cual se mezclan las causas con los efectos de la contravención, pues los últimos están integrados por las posibles contravenciones, cumplimiento tardío o cualquier otro incumplimiento, total o parcial, y el dolo y negligencia constituyen causas específicas que determinan, con otras, la infracción, pero que sólo ellas dan lugar a la responsabilidad» (MANRESA, *op. cit.*, pág. 173).

Pero, ¿cómo se puede comprender ese pasaje? Es el propio precepto—y nadie más—el que enumera la cuarta causa o el «cuarto deudor o contraventor», y no se confunde nada. La contravención tanto es una causa, como produce efectos, al igual que las demás; lo que pasa es que hay que integrarla y no soslayar su dificultad tan superficialmente.

(115) Es claro que, salvo alguna indicación de mero encaje ilustrativo por nuestra parte, en el contenido del trabajo no hay hueco para albergar el tema de la imputabilidad, dentro de la esfera de la culpa, en el deudor contraventor. Se presume, eso sí, un espectro culposo en su conducta, al menos, porque así se explica su actividad defectuosa y resultado erosionante.

(116) Díez-PICAZO, *loc. cit.*, pág. 686.

(117) Y refiriéndose al mismo agrega el profesor citado: «Se trata de un fenómeno que la doctrina tradicional no ha contemplado rigurosamente, por lo cual, en ocasiones, ha sido equiparado, sin las necesarias matizaciones, al incumplimiento en sentido propio, mientras que otras veces ha quedado reducido al puro casuismo de las concretas prescripciones de los textos legales». (En *op. cit.*, páginas 686 y 687.)

Sea ésta una prueba más de la orfandad de tratamiento denunciada y, tal vez, un cimiento sólido de la procedencia de este estudio.

plimiento definitivo o propio, caracterizado, como nota común predominante, por la «falta de obtención del resultado de la prestación» (118), tanto proviene de la «no prestación» del deudor como de «la contravención absoluta» de dicha prestación, a resultas de que lo ejecutado vulnera crasamente el programa prestacional, en el sentido que late en los artículos 1.098, 2.º, y 1.099, y que de ordinario es atacable por vía de dolo de su autor en su enmarque en el artículo 1.101.

- Dicho «cumplimiento inexacto» tipifica la «contravención especial» del repetido artículo 1.101, como causa independiente de las demás.
- El deudor, pues, que actúa con dolo—no cumple o incumple, o ejecuta actos en flagrante contradicción con lo pactado, por su consciente voluntariedad—, con culpa—si no cumple por negligencia—o con mora—al actuar con retraso específicamente relevante al fin obligacional—queda sometido a otro sector de sancionabilidad distinto al atinente al «contraventor especial».

(118) «La falta de obtención del resultado de la prestación» es uno de los casos, el 4.º, que se señalan por Díez-PICAZO como de incumplimiento definitivo o «de definitiva falta de ejecución del programa de prestación» (Idem, pág. 680). PINTÓ, a pesar de que se enfrenta con la hipótesis, sin embargo, como se ha razonado, no alcanza la conclusión sustantivizadora propuesta. En efecto, afirma: «Si la base objetiva más generalizada y formal del incumplimiento consiste en una abstención en sus diversos grados y formas, también una actividad puede ser la base objetiva de un incumplimiento. Uno de los supuestos de tal cosa es: cuando, aunque la obligación consista en un dar o en un hacer, se efectúe una actividad *positivamente contraria* a lo pretendido, posibilidad ésta prevista también en el Código Civil, cuando al final del art. 1.101 se dice: «O de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». Una aplicación de este principio puede verse en el artículo 1.098, que después de disponer que...» (en *op. cit.*, «Incumplimiento...», página 190). Aparte de la inexactitud—de mero relieve—de que el 1.101 no habla de «el tenor», sino «... al tenor», repitiendo así una «extraña dicción» empleada también en los artículos 1.098-1.º y 1.091, este pasaje de PINTÓ es sorprendente: Por un lado, efectivamente, pretende aislar, como supuesto independiente, la contravención del 1.101, lo que ya de por sí es meritorio. Pero, por otro, padece de dos inexactitudes—además de la sustancial denunciada con reiteración—: la una, entender que una actividad positiva de infracción de la prestación es algo excepcional, pues—según él—el incumplimiento normalmente acaece por la abstención; el tema es sencillo: no se encuentra extraño mentalizar eventos en que el deudor ejecute crasamente mal la prestación, violando así lo ordenado. Cuando ello ocurre, en efecto, el incumplimiento es propio o definitivo y su cauce puede encontrarse en el dolo particularmente; y la otra, pretender que esa infracción positiva o de actividad es la contravención del 1.101; como se razona en el texto, la contravención tipificada es la «especial» y distinta a la del 1.098-1.º, que, también, torpemente, se alude en el reenvío al mismo para explicar esta contravención «absoluta».

d) *La frase «... de cualquier modo...» facilita su sustantividad:*

1) *Sentido residual y omnicomprensivo en la «mens legislatoris»*

También por el decurso de la hermenéutica literal puede obtenerse otro argumento en pro de la sustantividad preconizada de la cuarta causa, así como de su calificada «levedad» dentro de las posibles causas de incumplimiento contractual o, con más exactitud, determinante de un «cumplimiento defectuoso de la prestación».

Se ha visto cómo frente a la terminante enumeración de supuestos del precedente artículo 1.011 del proyecto de 1851, el legislador del Código civil describe los supuestos escalonándolos en su concatenación expresional. ¿A qué obedece este cambio? Aunque no hemos podido constatar fuentes de ilustración al respecto, en opinión personal, se explica dicho cambio en un afán del legislador de no olvidar ningún supuesto planteable o, en otras palabras, como si insatisfecho por la inclusión tricotómica anterior, le restara la duda de omitir alguna eventualidad acaecible; si, además, antes ha aludido a la contravención en los artículos 1.098, 2.º, y 1.099, parece natural que con la fórmula empleada debían englobarse el resto de hipótesis imaginables de responsabilidad contractual.

La calificada «levedad», aplicable a la conducta del deudor, que con la misma «contraviene al tenor de la obligación», ha de obtenerse en la compulsa con las respectivas del dolo, culpa o morosidad, según literalmente se enuncia: El empleo de la frase «... los que de cualquier modo», ya denota de por sí un sentido ampliamente genérico o de alcance inexpressivo y, por tanto, por esencia, distante o en pugna con la inclusión de aquellos sujetos o individuos—deudores, por lo demás—cuyas conductas, bien por su cualificada intensidad, bien por el efecto dañoso para el fin satisfactivo del acreedor, deben ser contempladas especialmente al objeto de condenar su actitud; de este modo actúa el legislador: como citados deudores, de conductas gravemente transgresoras del vínculo obligacional, están, por lo mismo, suficientemente conocidos e institucionalmente estructurados, han de encuadrarse de antemano, y así, en efecto, se comienza la sanción hablando de los deudores dolosos, culposos y morosos—triada abaricante de aquellas conductas de vulneración maximalizada, tanto en su aspecto de elusión del deber de prestación que sobre los mismos pesa como desde el resultado que, a su merced, se irroga el acreedor—, por lo que, finalmente, se mentalizan las demás hipótesis que en la realidad conflictiva pueden plantearse, utilizándose una expresión de vastísimo espectro: «Los que de cualquier modo...», es decir, su

amplitud y hasta su misma inconcreción permite albergar como incursos en esa esfera de subjetividad a todos los demás deudores que sin ser dolosos, culposos o morosos, al cumplir la obligación, la contravienen o «incurren en contravención». El sector de la realidad así abarcado será amplísimo o, como dice la doctrina—aquí sí es lo afirmado exacto—, «hay muchos grados posibles en la contravención» (119), porque siempre que sin dolo, culpa o mora—se repite—el deudor no se ajuste a lo pactado incurrirá en mentada contravención. El *iter* abaricante, por consiguiente, será progresivamente reductor y, en otro aspecto, omnicomprenditivo: cualquier conducta del deudor que mínimamente se aparte del programa de la prestación tipifica dicha contravención.

2) *Los anteriores incumplimientos «parciales» o cumplimientos «defectuosos» son esta contravención*

Se razonó en su lugar que no es posible—a los fines de sustantividad propugnados—técnicamente hablar de un «incumplimiento parcial» de la obligación por dolo, culpa o morosidad—ésta en su aporía de leve retraso—; no caben, en otras palabras, hipotéticas interrupciones en la ejecución de la prestación: ésta se cumple o no se cumple, y el propio artículo 1.169 del Código a ello conduce. No obstante, también se dijo que si, en línea de principio, esto es correcto, si en la realidad hubiera esa posible «interrupción» en la ejecución de la prestación, el acreedor, al margen, en su caso, de acudir al artículo 1.124, podía perfectamente, al amparo de la contravención del artículo 1.101, restaurar su afección en lo patrimonialmente relevante o atendible de satisfacción (120).

Los cumplimientos «defectuosos», esto es, todos aquellos incluíbles en la expresión «de cualquier modo», constituyen la órbita propia de la contravención o cuarta causa del artículo 1.101. Como se sabe, ese cumplimiento defectuoso o «inexacto de la obligación» existe, según Díez PICAZO (121), «en todos aquellos casos en que el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajusta a los presupuestos o a las condiciones que el pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos; cabe, por consiguiente, hablar de una inexactitud en el cumplimiento que haga referencia a cada una de las condiciones o a cada uno de los requisitos de regularidad del pago; los tipos de inexactitud o «cumplimiento defectuoso» pueden ser—continúa Díez PICAZO—:

(119) MUCIUS SCAEVOla acuña la frase en *op. cit.*, pág. 567.

(120) En torno a esa «interrupción», ya se dijo que ESPINAR LAFUENTE la viabiliza en *op. cit.*, pág. 128. Idem, PINTÓ, en «El incumplimiento...», pág. 189.

(121) Díez-PICAZO, *op. cit.*, «Fundamentos...», pág. 687.

1) La inexactitud relativa a los sujetos del acto de cumplimiento (122). 2) La inexactitud que se refiere al objeto de la prestación; en rigor, se produce una *contravención* (123) de los requisitos de identidad e integridad del pago. 3) La inexactitud relativa al lugar de la prestación, que se produce cuando el deudor cumple o pretende cumplir en un lugar diferente al señalado en la obligación. 4) La inexactitud relativa al tiempo de la prestación, que se reconduce a los supuestos de cumplimiento anticipado y de cumplimiento retrasado. Y de todos estos supuestos, en realidad, el referente al objeto de la prestación—pues los demás se resuelven a tenor de la normativa del pago—es, según el citado civilista, el que provoca la ejecución de una «prestación defectuosa»: su diferencia frente al incumplimiento y frente a la mora es que así como en estos últimos casos se produce una omisión total de prestación, en el primero, en cambio, existe un comportamiento positivo del deudor, que, sin embargo, no se ajusta a los términos del plan o del programa establecido en el acto de constitución de la relación; «dicho más claramente, «no es que el deudor no haya hecho nada, sino que lo que ha hecho está mal hecho» (124).

(122) Se ponen los ejemplos, al punto, de pago a un tercero, pago a un acreedor incapaz, etc., o—incluso—a quien aparente ser titular del crédito sin serlo. o quien «se pasa» por representante sin estar autorizado...

(123) Aun cuando el autor emplea «nominatim» la «contravención» en este caso, no obstante, tampoco su línea resolutive del problema se canaliza por la tendencia sustantivizadora.

(124) *Ibidem*, pág. 687. También señala Díez-PICAZO, los «supuestos típicos del cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación: 1) Ha sido ejecutada, y puntual y exactamente ejecutada, la prestación principal, pero el deudor omite llevar a cabo las prestaciones accesorias. Por ejemplo, entrega en buen estado la cosa vendida, pero no facilita la información conveniente para su utilización o manejo. En rigor, aquí no puede hablarse de incumplimiento, en sentido verdadero y propio, pues no hay omisión de la prestación. Tampoco nos encontramos, en puridad, ante un incumplimiento simplemente parcial, pues la relación de principalidad y accesoriedad entre las prestaciones hace que ambas no puedan situarse al mismo nivel. Por todo ello, la hipótesis puede ser encuadrada dentro de lo que venimos llamando 'cumplimiento defectuoso de la obligación'. 2) Existiendo a cargo del deudor un cierto número de prestaciones singulares, en una relación obligatoria objetivamente compleja, han sido ejecutadas algunas y omitidas otras. Aquí, si desde el punto de vista de su función económica, cada una de estas prestaciones singulares presenta el mismo valor, cabe hablar de cumplimiento parcial. En los demás casos, la solución debe ser la misma que en la hipótesis del apartado anterior en materia de prestaciones accesorias. 3) En la misma línea cabe aludir a alguno de los casos que en la doctrina se han llamado de violaciones contractuales positivas. Como consecuencia del carácter defectuoso de la prestación se le sigue al acreedor que reciba daños y perjuicios. Por ejemplo, la explosión de la máquina comprada por defecto de fabricación. 4) Por último, cabe todavía situar dentro de la rúbrica del cumplimiento defectuoso las prestaciones de pura actividad que no aparecen ajustadas al margen o al criterio de diligencia, de pericia y de adecuación a las reglas del arte de que en cada caso se trate. Por ejemplo: el profesional cuyos servicios han sido contratados, despliega efectivamente su actividad, pero lo hace en forma descuidada, inexperta o negligente.

O, si se quiere otro ejemplo, y según dijera PUIG BRUTAU (125), en estos casos, el «deudor cumple, pero cumple mal».

3) *El cumplimiento «irregular» del artículo 1.154, 1.º, atrayente de su sustantividad*

Puede ser otro argumento extraído de *lege data* para reforzar la precitada sustantividad de la «cuarta causa».

Y se nominaliza por separado más que nada porque es quizá uno de los escasos preceptos en que el legislador emplea esa terminología; dice así el artículo 1.154, 1.º: «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido, en parte O IRREGULARMENTE, cumplida por el deudor.»

O sea, se contempla el supuesto de un deudor que «irregularmente» cumple su obligación, como factor a tener en cuenta por el Juez para

v. g., el médico acude a visitar al enfermo, pero no lleva a cabo las exploraciones exigidas por las reglas de la ciencia médica, establece un diagnóstico erróneo y administra al paciente un tratamiento inadecuado (en *op. cit.*, págs. 689 y 690).

Desde luego el elenco de casos es bien ilustrativo, y sobre el último supuesto. puede verse el comentario de LARENZ, *op. cit.*, pág. 468: «Debe probarse por el actor que el perjuicio se basa en una acción u omisión del médico que supone objetivamente, según los criterios generales, una infracción de las normas de la técnica médica».

Sobre este interesante tema—tanto, que su actualidad es inconcusa, y hasta se proyectan sus acciones en el campo penal a través de la imprudencia profesional—puede ampliarse con «La culpa profesional» y «Responsabilidad médica», y los variados casos vivos que en la sección de Lecturas sobre «La culpa médica» realizan los MAZEAUD, *op. cit.*, págs. 146 y ss. y 155 y ss.

En el Derecho francés también está generalizada la responsabilidad, precisamente por haber contraído una cierta «obligación de garantía», o sea aquella en la que el deudor se compromete a asegurar, también en algún modo, el resultado normal de su propia actividad; a su socaire, se aspira, asimismo, a subsumir la responsabilidad profesional del facultativo con el paciente. El tema, por lo demás, es polémico y ambicioso.

(125) PUIG BRUTAU, *loc. cit.*, pág. 424. De nuevo, PINTÓ, aunque contempla las hipótesis, vuelve a su tesis indiferenciadora:

«Es evidente que el cumplimiento *deficiente* constituye un incumplimiento, ya que no puede obligarse al acreedor a aceptar una prestación diferente, de inferior calidad de la prevista. Ahora bien, si la deficiencia es consecuencia de insuficiente actividad, puede surgir el problema de si se trata de una simple mora, puesto que completando la actividad se conseguirá el total cumplimiento, en cuyo caso, para discriminar si efectivamente es mora o es incumplimiento, estaremos a lo expuesto sobre la abstención. En cambio, cuando no es así, cuando la actividad ya ha sido total y además deficiente o implica contravención al tenor de la obligación, es patente el estado definitivo y débese equiparar tal situación al incumplimiento positivamente contrario. Téngase en cuenta, empero, las disposiciones especiales que rigen en materia de compraventa: arts. 1.469 a 1.471, 1.484 a 1.486, 1.491 a 1.494, etc.» (*Idem*, pág. 191 y nota 23.)

Admitiendo la salvedad especial sobre la compraventa, el resto puede censurarse en la línea anterior de la nota 118.

graduar la pena pactada. Por de pronto, se trata de un deudor que ha cumplido su prestación, pero lo ha hecho «irregularmente», luego será uno de los supuestos de «prestación erosionada» por un «cumplimiento inexacto o defectuoso» y, en consecuencia, incluye en la contravención del artículo 1.101; así, en sede de obligación con cláusula penal, el cumplimiento «irregular» proporciona el supuesto del artículo 1.154, 1.º, y sin perjuicio de que el acreedor, en su caso, accione al amparo del artículo 1.101. La sanción, en otra visión, refuerza el argumento sostenido en su lugar de que todo «incumplimiento parcial»—con independencia de subsumirse en la cuarta causa—puede, en su caso, imponer un reajuste patrimonial en la dualidad conflictiva, esto es, que se contabilice el *tantum* aprovechable por el acreedor de lo ejecutado parcialmente por el deudor para el cómputo de la responsabilidad contractual de éste, pues el artículo 1.154, 1.º, ante caso con *simile ratio*, acopla otro módulo ciertamente atemperador (126).

- 4) *La contravención no equivale a incumplir, sino a cumplir mal o irregularmente. El artículo 1.101 no habla de «los que incumplieren...», sino de «los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren...». Reenvío a los artículos 1.098, 2.º, y 1.124*

Otros argumentos propiciantes de la tesis de sustantividad de la cuarta causa se derivan de lo epigrafiado y sobre cuya verdad ya se razonó en el texto precedente. En efecto:

1) La contravención del artículo 1.101 supone el cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación y, por tanto, la ejecución por el deudor de la misma de forma no ajustada o ceñida al diseño preestablecido, ocasionando así unos menoscabos que debe resarcir al amparo individualizado de este marco normativo. Dicho deudor, pues, no incumple, en el sentido de incumplimiento definitivo o propio de la prestación—bien por la «no prestación», en terminología de Díez PICAZO, bien porque se aparta por completo en los resultados de su ejecución de la finalidad obligacional o, respectivamente, incumpliendo por omisión o por comisión—, ya que para ello no incurre en dolo o culpa plenos y relevantes—en el esquema trazado, en línea de principio—ni en mora significativa y frustratoria del fin propuesto por el acreedor.

(126) Ya se dijo que en el problema late el fenómeno social del «chapuce-rismo» profesional de ciertas actividades manuales. *Vid. amplius*, nota 68, y a lo que ya se refirió el valioso precedente histórico de la Ley 16, tít. VIII de la Partida 5.ª, al hablar de la *Lauor falsa o non es estable*—*vid. nota 43.*

2) Esta tesis se refuerza porque, como se expuso, al emplear el precepto la expresión verbal «incurrieren en el cumplimiento...», y no la de «incumplieren...», permite—en estos estrictos límites—deducir que no mentaliza exclusivamente al deudor «incumplidor», al menos, a los efectos de la cuarta causa, y con independencia, tal y como asimismo se expuso, que ello no sea obstáculo para que en los casos de dolo, culpa o mora sí se mantenga la idea de que sus agentes son auténticos incumplidores de dicha obligación. Podrá ser—no hay dificultad en admitirlo—un argumento «interesado» o «parcial», porque acoge sofisticadamente sólo lo conveniente y lo aparta al no mantener igual lógica en todos los pronunciamientos normativos; pero, se repite, vale en lo que al punto conlleva.

3) El artículo 1.098, 2.º,—igual que luego el artículo 1.099—, sí emplea la «contravención», en su alcance absoluto, o determinante de la infracción de la obligación o eliminación de su resultado para el acreedor, al admitir *ope legis* la posibilidad sustitutiva del deudor para colmar esa patología, conforme al razonamiento preinserto (127).

4) El reenvío al artículo 1.124 reconduce de nuevo al tema del sinalagma, en cuanto a la posibilidad resolutoria del nexa o a la exigibilidad del cumplimiento, aparte de la indemnización: condenas todas que ha de soportar el deudor que «incumple», según *nominatim* fija el precepto; el artículo 1.101, con un campo de aplicación más amplio—tanto juega en las bilaterales o unilaterales—, posibilita que siendo la conducta del deudor no siempre estrictamente «incumplidora»—en la contravención, desde luego que no—, el acreedor reaccione sólo en vía de resarcimiento: a menor gravedad de conducta, inferior medio tutelador (128).

CONCLUSION

SUSTANTIVIDAD DE LA «CONTRAVENCIÓN» Y SU PROYECCIÓN SOBRE TODO CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DE LA OBLIGACIÓN, CUALQUIERA QUE SEA SU CAUSA. SU CARACTERIZACIÓN

Es, pues, el norte del estudio: delimitar la cuarta y última causa de las tipificadas—en su dicción de subjetividad etiológica—en el artículo

(127) Por ello, en ese marco estricto, sí es correcta la tesis de PINTÓ, *in op. cit.*, pág. 191. Sobre el problema, oralmente incidió el profesor MONTÉS, en su lección magistral: *Oposiciones a cátedra de la Universidad de Oviedo*—sesión del día 23 de junio de 1975, sobre la «Teoría unitaria del arrendamiento de servicios».

(128) A consecuencias análogas llega Díez PICAZO, *in op. cit. Fundamentos...*, pág. 692. *Idem*, JORDANO BAREA, *op. cit.*, pág. 306, nota 5. *Idem*, PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 160, y la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sen-

lo 1.101 como independiente y autónoma de las tres restantes y precedentes: dolo, culpa y morosidad.

El alcance de la citada «contravención» es singular y omnicomprenditivo, abarcando todas las hipótesis imaginables de «cumplimiento defectuoso de la prestación», tanto lo sea por la forma de «cumplir» el deudor como por el «resultado inferido con ese cumplimiento» en el fin satisfactivo del acreedor, presupuestos condicionantes de la responsabilidad del deudor.

En consecuencia, siempre que por la circunstancia que fuera el deudor no actúe «ritualmente», y por ello el acreedor no logre su plena satisfacción, a tenor de la finalidad propuesta en el nexo, se generará dicha contravención. Pero se insiste que esa actuación «irritual» presupone una ejecución de la prestación en forma no exacta o con defectos, causa del menoscabo inferido. Por todo lo cual, la caracterización de la contravención o cuarta causa del artículo 1.101 exige estos requisitos *concurrentes*:

1) *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, es decir, el deudor, en la realización de su conducta, tendente al cumplimiento, se desvía del plan prestacional o falla en alguna de sus implicaciones o exigencias; las circunstancias de este cumplimiento defectuoso naturalmente que son amplísimas y, sobre todo, dependerán de la índole de la obligación, según sea de dar o de hacer o no hacer, o dentro de estas categorías, la peculiar o concreta determinante de su objeto específico. Sin poder incursionar el estudio al tema de la sustituibilidad del deudor, a propósito de las obligaciones personales o personalísimas, dentro de las de un *facere*, sí puede anticiparse que la gama de operatividad es mucho más amplia en éstas que en las relativas a un *dare* (129), en donde pueden jugar en plenitud los artículos 1.166 y 1.169 a propósito del pago. Tanto, pues, se refiera al sujeto o persona del deudor, a la cosa debida, al servicio pactado y a las circunstancias locaticias del cumplimiento: lugar, tiempo, modo, etc., y

tido de que la resolución del artículo 1.124 requiere un auténtico incumplimiento, como se constató.

(129) Sencillamente porque así como en el *facere* cabe seleccionar la actividad del autor, según sus propias circunstancias personales o profesionales, determinantes de un correcto resultado de su acción en relación con el fin prestacional—de ahí el artículo 1.161 del Código civil—, en el *dare* el problema se simplifica: se persigue con el nexo el tránsito cosificado, es decir, la entrega de la cosa, por lo que, en otro aspecto, la «ejecución forzosa en forma específica» es más fácil de viabilizar y, por ende, la misma sustituibilidad. Es dicha diversidad la que justifica que aquella ejecución aparezca cuestionable mayormente en el primer tipo de prestaciones.

Idem, PUTG PEÑA, entre otros, *op. cit.*, págs. 162 y ss.

cuando por no observarse fielmente por el obligado los precedentes presupuestos establecidos al respecto, el cumplimiento en cuestión será «defectuoso».

2) *Erosión del resultado o fin satisfactivo del acreedor*: Así como el anterior requisito actuaba como causa, éste funciona como efecto del mismo, o sea, esa ejecución defectuosa produce la repetida erosión, menoscabo o detrimento en el resultado material perseguido por el acreedor. Importa sobre manera la constación de este requisito, ya que, como se verá, actuándose para la adecuada sanción en vía de resarcimiento habrá que acreditar la realidad de la detracción experimentada, por lo que si ésta no existe o la misma no se acredita o prueba procesalmente, se inviabilizará la acción correspondiente (130).

3) *Imputabilidad de dicha erosión al deudor*: No es sino encauzar el problema en tema de culpabilidad o que el resultado detractor para el acreedor sea atribuible al deudor por haber realizado la prestación defectuosa con el grado correspondiente de culpa (131).

TUTELA DEL ACREEDOR. INTEGRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRAVENTOR

¿Cómo protege el ordenamiento español al acreedor frente al «contraventor» o la cuarta causa del artículo 1.101?

Una doctrina muy cualificada—y con el mérito indiscutible de sistematizar la «ejecución de una prestación defectuosa»—, y sin encasillar el supuesto en el marco del artículo 1.101 *in fine*, al hablar de «las acciones de protección del acreedor frente al cumplimiento defectuoso» afirma que «en nuestro Código civil el problema que ahora contemplamos

(130) Por supuesto, que los aspectos procesales del ejercicio de las acciones correspondientes exceden del campo natural en que se ha preconstituido el contenido del tema, estableciendo unos plazos excesivamente cortos para la envergadura de las posibles consecuencias.

(131) Sobre la distinción entre «culpabilidad» e «imputabilidad» en sede de incumplimiento contractual determinante de la responsabilidad correspondiente, *vid.* BONVICINI, *op. cit.*, págs. 69 y ss. *Idem*, BETTI: *Teoria Generale delle obbligazioni*. Vol II: «Struttura dei rapporti di obbligazione». Giuffrè, 1953, págs. 28 y ss. *Idem*, CIAN: *Antigiuridicità e colpevolezza*. Padova, 1966. Igualmente: *Imputabilidad y responsabilidad*, Díez PICAZO, *in op. cit. Fundamentos...*, págs. 693 y ss.

ofrece muy pocos datos para su solución» (132); después de examinar los posibles preceptos aplicables: artículos 1.166, 1.484 y siguientes (133), 1.591 (134) y otros (135), sienta las siguientes afirmaciones:

- La protección del acreedor frente al cumplimiento defectuoso de la obligación, en el caso que se trate de obligaciones simples, debe obtenerse, en línea de principio, a través de la acción de cumplimiento de la obligación, lo que supone el ejercicio de una «pretensión de corrección», que podrá llevarse a cabo sobre la misma prestación efectuada, mediante su sustitución por otra o la ejecución de una nueva prestación corregida. *Además*—el subrayado es nuestro—, el deudor será responsable de los daños cuando, siendo la prestación defectuosa, los haya conocido o le sean imputables.
- Si la obligación es bilateral ofrece cierta complejidad: En particular, el acreedor puede exigir un reajuste o reducción de la contraprestación que la adecue al valor de la contraprestación efectivamente llevada a cabo—*quantum minoris*—o reclamar la resolución—redhibición—del vínculo obligacional, aunque esto último presente ciertas dificultades (136). La opción entre las diferentes alter-

(132) Díez PÍCAZO, *ibidem*, pág. 687. Y en otro lugar: «... Otra cosa es que el supuesto constituya en nuestro ordenamiento una auténtica laguna legal, que debe ser suprimida aplicando por analogía el artículo 1.124». En «Estudios sobre la Jurisprudencia civil», Ed. Tecnos, 1966, tomo I, pág. 538.

(133) En el artículo 1.166 se fijan los requisitos de identidad e integridad en el pago, que «no agotan la posible gama de supuestos de prestación defectuosa y tampoco puntualizan el conjunto de consecuencias jurídicas a que tales casos pueden dar lugar»; en los artículos 1.484 y ss., a propósito de los «llamados vicios o defectos ocultos de las cosas vendidas—especificidad de la compraventa—: «... sin embargo, no existe responsabilidad del vendedor cuando los vicios eran manifiestos, estaban a la vista o, aunque no lo estuvieran, el comprador era un perito o profesional que debía fácilmente conocerlos...» (*Idem*, págs. 687 y 688).

(134) En el artículo 1.591 se contemplan los «vicios en el contrato de obra»: «... se trata de un supuesto en que las prestaciones a cargo del contratista y a cargo del arquitecto han sido ejecutadas, pero han sido defectuosas.» (*Idem*, páginas 688 y 689). El problema del artículo 1.591, como se sabe, en la actualidad es mayúsculo: Dicha norma, exclusivamente, acoge el tema de las responsabilidades de constructores y arquitectos por ruinas y defectos de construcciones, olvidando a otros partícipes—léase promotores, inmobiliarias, técnicos, etc., copropietarios que a su vez construyen—, y que una progresiva jurisprudencia del Tribunal Supremo trata de colmar. Su eco ya ha alcanzado a la propia Comisión de Codificación, que tiene en proyecto una reelaboración de la normativa. Véase sobre el asunto el trabajo—hoy inédito—*Contrato de obra*, del profesor RUIZ VADILLO, desarrollado oralmente ante un tribunal de oposiciones a profesores agregados el día 27 de junio de 1975.

(135) Se citan en relación con *El cumplimiento defectuoso de la obligación de restitución de cosas ciertas y determinadas*, los artículos 1.746, 1.766, 1.561, 1.563 y 1.564. (*Vid.* Díez PÍCAZO, *idem*, pág. 689.)

(136) Se dice: «... Sin embargo, en los casos de prestación defectuosa en las obligaciones bilaterales, de acuerdo con las directrices jurisprudenciales, la reso-

nativas—pretensión de corrección o rectificación, reajuste de la contraprestación y resolución o redhibición—cuando se den las circunstancias para ello corresponde al acreedor—se concluye (137).

Esa clarividente exposición del problema puede completarse afirmando que el marco de la tutela que el ordenamiento instituido presta al acreedor frente a un cumplimiento defectuoso se ubica en la cuarta causa del artículo 1.101. Por consiguiente, las acciones delineadas con una técnica irreprochable—v. gr., la «pretensión de corrección»—deben canalizarse por esa vía en pos del resarcimiento.

En definitiva, el acreedor víctima de una ejecución defectuosa de la prestación pactada, tras, naturalmente, su previa constatación y reacción adecuadas (138), puede ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1.101 *in fine*, en todo caso—se trate de obligación simple o bilateral—, y ello con independencia de que le interese plantear una «pretensión de corrección», que no es sino reajustar los respectivos montantes de las prestaciones trabadas—si hay sinalagma—, tendente a reducir el *onus* de la suya o personal hasta que *se compense* así del menoscabo padecido por la erosión de la contraprestación cumplida defectuosamente; la alternativa resolutoria, como se apuntó, no podría

lución o redhibición posee un alcance excepcional y exige una frustración total o parcial del fin del contrato: en particular, que la prestación defectuosa no sea útil, por no servir al fin al que se la había destinado, o que el interés del acreedor en la resolución sea atendible, por no aparecer la resolución como abusiva o contraria a la buena fe.» (DÍEZ PICAZO, *ibidem*, pág. 692.) Desde luego, esa eventualidad de la prestación «defectuosa» causa de la resolución, sería porque la prestación, más que defectuosa, se había incumplido por esas circunstancias de inutilidad o inservibilidad.

(137) *Ibidem*, loc. cit.

(138) Así, DÍEZ PICAZO, al examinar *Las consecuencias jurídicas del cumplimiento defectuoso de la obligación*, enumera: a) La carga del acreedor de un puntual y diligente examen de la prestación. b) La facultad del acreedor de rehusar la prestación defectuosa..., por lo que el problema del cumplimiento defectuoso se produce sólo: cuando el acreedor sólo ha conocido y ha podido diligentemente conocer los vicios o defectos de la prestación después de recibirla; cuando habiéndolos conocido antes, la rehusa total fuera injustificada por ser la prestación en sí misma útil y afectar el defecto a una parte mínima. Por ejemplo, el contratista ha ejecutado la obra de un edificio, pero los materiales no eran de la calidad citada; cuando el acreedor, recibiendo la prestación defectuosa, formula expresamente sus reservas o hace protesta respecto del carácter defectuoso. (*Idem*, págs. 690 y 691.)

Creemos que constatada la «defectuosidad de la prestación», el acreedor habrá de actuar, en principio, por el cauce último, y después entablar las acciones correspondientes, al amparo de la contravención del artículo 1.101, en su montante «integrador», que luego se señala.

introducirse al amparo de la «contravención», porque entendemos que el cumplimiento de una prestación defectuosa no provoca la eliminación o frustración total del teleologismo obligacional, y si así fuera surgiría un «auténtico incumplimiento por acción», cuyo tratamiento resolutivo reconduciría a alguna de las otras tres causas del artículo 1.101, en relación con los artículos 1.098-2.º, 1.099 y 1.124.

* * *

La integración, pues, de la responsabilidad del «contraventor» o deudor autor de esa prestación «defectuosa»—tanto en puridad como por atracción—, en los supuestos contemplados de «incumplimientos parciales», siempre que—nota común, se insiste—no se frustre total y definitivamente el interés satisfactivo del acreedor—en cuyo caso la vía sería la del artículo 1.124—o *alcance* de la indemnización señalada en el artículo 1.101, sería:

1) Al tener que desechar, en línea de principio y por coherencia de lo expuesto, una suerte de ejecución forzosa en forma específica respecto a la «erosión» padecida por la prestación—cabe, en su caso, la posibilidad que se inste al deudor a que «corrija» su deficiencia y complete o *subsane* esa deficiencia merced a una adicional actuación complementadora o convalidatoria del defecto—, el asunto debe centrarse en señalar el montante económico de la sanción indemnizatoria establecida, el cual se compondría de dos factores, uno constante y otro variable:

a) *Factor económico constante*.—Representado por el equivalente a la erosión padecida por el acreedor y, por tanto, determinado por el *quantum* que falta o se ha sustraído al valor de la prestación en su valoración originaria a causa de la ejecución defectuosa; sería, pues, una especie de suma adscrita, por su mismo carácter, al *id quod interest*: sustitutivo *parcial* por equivalente. Su viabilidad sería automática, con la prueba única del acreditamiento de la ejecución defectuosa o contravención, aunque su exacta cuantía exija el dictamen pericial, en todo caso. Cabe asimismo que este factor se obtenga mediante el «equilibrio correctivo» de las prestaciones. Si son bilaterales: rebajar el acreedor la suya *ad compensare*, como se dijo antes.

b) *Factor económico variable*.—O auténtica indemnización de daños y perjuicios, en el sentido que lo emplea el artículo 1.101, es decir, la responsabilidad del deudor contraventor también habría de pechar con los menoscabos, daños o perjuicios que el acreedor hubiera, en su caso, sufrido precisamente a consecuencia de la ejecución defectuosa de la prestación. Pero así como el anterior factor no requiere prueba alguna—salvo, como se dijo, la constatación de la contravención y la cuantía de

su resultado—para esta indemnización, el acreedor debe siempre probar que, en efecto, se le han irrogado esos daños o perjuicios en el amplio marco legal del artículo 1.106 (139).

Con ambos factores se estima que el acreedor percibe un auténtico resarcimiento o *restitutio in totum* (con el alcance técnico conocido) (140) y, al menos, por ello queda indemne materialmente (141).

LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA

(139) *Idem*, PINTÓ, *op. cit. Jurisprudencia...*, pág. 206, de acuerdo con constante jurisprudencia: sentencia de 19 de enero de 1957, *idem*, SS. de 1-2-1951 y de 13-3-1956: «Ciertamente tiene declarado la jurisprudencia que la obligación de indemnizar daños y perjuicios de carácter contractual no surge del mero incumplimiento de lo convenido, en tanto no se demuestre la existencia de los que se estimen causados por el incumplimiento de modo real o efectivo, no dudosos o contingentes...» Igualmente, como se dijo, se comparte su tesis sobre la distinción del *id quod interest*—nuestro factor constante—y la indemnización—factor variable—, ya expuesta: *in Incumplimiento...*, págs. 191, 192 y 193. Técnicamente, puede encuadrarse el asunto en las llamadas «responsabilidad de garantía» y «responsabilidad de resarcimiento» de la doctrina italiana. *Vid. amplius*, notas 16 y 39.

(140) La llamada *restitutio in totum*—como se ha repetido—es una especie de resarcimiento integral del acreedor, de tal forma que queda indemne de la «erosión», al menos en su *equivalente económico*, así como, en su caso, incluyéndose en la misma los supuestos menoscabos, trastornos o *perjuicios*, en fin, padecidos.

(141) ¿Cuál es el criterio de la jurisprudencia sobre el problema? ¿Se ha pronunciado la misma a propósito de la prestación defectuosa? Y en ese caso, ¿ha incluido el asunto, con sustantividad, en la cuarta causa o contravención del artículo 1.101?

Debe contestarse, en respectiva:

- Normalmente—y de ahí la praxis o frecuencia práctica del conflicto correspondiente—, el Tribunal Supremo ha producido abundante jurisprudencia en vía del artículo 1.124, que es por donde suelen canalizarse los eventos de prestación defectuosa, sobre todo pretendiendo una resolución contractual; dicha jurisprudencia—última muestra son las sentencias de 8, 25 y 30 de noviembre de 1974—mantiene el criterio ya reflejado: la resolución sólo se produce cuando existe un auténtico incumplimiento, por lo que en los demás casos se sanciona un resarcimiento al socaire del artículo 1.101.
- Sus pronunciamientos, pues, sobre «la prestación defectuosa»—al margen del caso de la compraventa con normativa particular—tienen lugar en aquel repetido marco del artículo 1.124, con incursiones esclarecedoras de si los hechos determinan o no ese auténtico o propio incumplimiento.
- En las hipótesis en que contempla prestaciones «defectuosas» tampoco ha recurrido a la tipificación de la cuarta causa, sino que, sin necesidad de este tratamiento, se pronuncia estimando o no la indemnización interesada, al amparo del artículo 1.101. Ejemplo de la sentencia, entre otras, de 13 de febrero de 1957: Es requisito para la condena a indemnización por daños y perjuicios... causados por *deficiencia en la obra*, en lo que suponga infracción del contrato entre las partes y proyecto... (que se demuestre), la realidad de unos daños (derivados) de que haya o no esa infracción...»

Otros ejemplos de esa tendencia—y que L. Díez PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo I, Edit. Tecnos, 1966, incluye dentro de la «resolución de los contratos»—son: Sentencia de 16 de enero de 1930: Caso de prestación de

fectuosa y falta de obtención del fin perseguido al ser defectuoso el funcionamiento de las máquinas suministradas: «...La Sala sentenciadora no interpretó bien el contrato y no aplicó debidamente el artículo 1.124 del Código civil y jurisprudencia de este Tribunal no dando lugar a la resolución del contrato, después de reconocer que el motor colocado no era apto para poner en movimiento las dos piedras de que constaba el molino. La indemnización de daños y perjuicios no es estimable en este caso ni por vía del artículo 1.270 o del 1.101.» Criterio análogo se sostiene en la sentencia de 23 de noviembre de 1964, también sobre «prestación defectuosa y prestación inadecuada», por deficiencias—goteras—en una impermeabilización ejecutada: «Que la acción resolutoria, regulada en el artículo 1.124 del Código civil, y derivada de la antigua *condictio causa data causa non secuta*, precisa para su viabilidad y eficacia, según ha declarado la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias, entre otros requisitos, los de que el negocio jurídico que se pretenda resolver contenga obligaciones bilaterales o recíprocas—sentencias de 6-7-1952, 30-5-1960—que se patentice en el oportuno litigio, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido por parte de uno de los contratantes, ya un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irrefutable lo impida—sentencias de 5-7-1949, 22-6-1959 y 2-1-1961—y..., circunstancias todas ellas que concurren en el presente caso: la primera, porque la impermeabilización a que se alude no constituyó una obligación meramente accesoria o complementaria del convenio contraído por los litigantes, que pudiera quedar sustraída al ámbito de aplicación del artículo 1.124, conforme a la sentencia de 5-5-1953, sino la prestación verdaderamente querida por ellos como equivalente del precio estipulado—sentencias de 30-10-1917 y 5-1-1935; la segunda, porque el factor etiológico subjetivo del incumplimiento puede obedecer no sólo a la conducta dolosa de su agente productor, sino también a su actuación negligente, imprudente o culposa, siempre que de ella surja el acto obstativo a que se refieren las sentencias enunciadas, como se ha acreditado en este caso... por la imputabilidad de la empresa constructora en la imperfección de la obra ejecutada, y la tercera (que no se aplique al convenio una condición resolutoria expresa)..., porque ni el compromiso contraído ni el artículo 1.598 enervan los efectos del 1.124, pues no se estipuló que el contratista se obligase a realizar la obra a satisfacción del propietario, requisito ineludible para la aplicación del precepto, según se infiere de su sentido literal de la redacción de la Ley 24, tít. II, libro XIX, del *Digesto*, que le sirve de antecedente (*si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratur domini opus approbetur*)...»; en definitiva, se resolvió el contrato con la indemnización correspondiente, al amparo del artículo 1.125. (Vid. *amplius*, Díez Pícazo, *op. cit.*, *La jurisprudencia*..., páginas 356 y ss. y 367 y ss.) Obsérvese, pues, cómo el Tribunal Supremo canaliza los conflictos en vía del artículo 1.124, si bien para su aplicación requiere el sinalagma y la frustración de una de las prestaciones; en otro caso, no accede a la resolución, aunque arbitre el juego del artículo 1.101, pero nunca sustantivizando la «contravención».

La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés

SUMARIO: I. *El derecho expectante.*—II. *La renuncia y el consentimiento.*—III. *Forma de la renuncia.*—IV. *La renuncia subsidiaria.*—V. *Renuncia genérica y renuncia por poder.*—VI. *Renuncia en bienes consorciales.*—VII. *Renuncia en caso de permuta.*—VIII. *Renuncia en caso de hipoteca.*—IX. *La reserva del derecho expectante.*—X. *La renuncia en la partición de herencia.*—XI. *La renuncia en la división de comunidad.*—XII. *La adjudicación en régimen de propiedad horizontal.*

I. EL DERECHO EXPECTANTE

No resulta fácil caracterizar jurídicamente a este derecho, de ya notable raigambre en el Ordenamiento positivo aragonés.

Institución realmente original en el Derecho español. Ni siquiera en Navarra, donde se prevé legislativamente el usufructo legal de viudedad en términos muy similares a la Compilación aragonesa, ni siquiera allí se menciona la existencia de este singular derecho expectante.

Su actual formulación positiva se encuentra en el artículo 76, 1, de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón. Según él, «los inmuebles por naturaleza, y los muebles como sitios del número 1 del artículo 39, quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos».

En términos semejantes se pronunciaba también el ya derogado Apéndice de Derecho Foral de Aragón de 1925. En su artículo 63, 1, se decía que «la celebración del matrimonio atribuye por ministerio de la ley a los cónyuges solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran, así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro...».

SANCHO REBULLIDA, en detenido y muy completo estudio al respecto,

se preocupa de analizar la posible naturaleza jurídica de este derecho expectante. Para este autor, lo fundamental es que se trata de *un derecho actual*; con ello hace que se diferencie netamente de las simples expectativas que aluden a titularidades futuras (1).

En efecto, en tanto las expectativas no son realmente titularidades jurídicas efectivas, en cuanto no recaen *actualmente* sobre ningún bien o derecho, por el contrario, el derecho expectante de viudedad aragonés es una real y efectiva titularidad actual, que gravita de modo inmediato sobre los bienes a los que afecta, aunque el disfrute y goce que puede llegar a suponer en su segunda fase de usufructo viudal no se manifieste sino hasta llegado el momento o cumplida la *condictio iuris* del fallecimiento del cónyuge del titular.

SANCHO REBULLIDA rechaza también las ideas conceptuales de «titularidad de adquisición» (como el derecho de retracto, por ejemplo) o de «derecho de formación jurídica» (2).

Termina afirmando que, a su juicio, y cuadrándole la definición que el profesor DE CASTRO da del derecho subjetivo, el derecho expectante de viudedad puede ser considerado como «derecho subjetivo secundario», en el sentido de «derecho subjetivo preventivo» (3).

Lo que, a nuestro juicio, más interesa destacar de este derecho expectante, como antes señalábamos, es que se trata de un derecho actual. La simple circunstancia de que uno de los medios más ordinarios de su extinción sea precisamente la propia renuncia de su titular aboga en favor de esta afirmación.

El derecho expectante está englobado dentro de lo que se denomina en la legislación aragonesa «viudedad legal» (expresamente utilizaba este término el antiguo Apéndice en su art. 63, 1), la cual está integrada como de dos grados o momentos de actuación: el primero, el aludido derecho expectante, de existencia necesaria por el hecho del matrimonio (salvo cierto supuesto especial, al que aludiremos más adelante), como señala el ya expuesto artículo 76, 1, de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón; el otro, el efectivo derecho de usufructo universal de viudedad, de existencia condicionada al hecho de la premoriencia del cónyuge del titular del expectante.

Sin embargo, y aunque ambas facetas integran el derecho llamado de «viudedad legal», las dos funcionan y actúan por separado y con absoluta independencia. En vida de ambos cónyuges, el derecho expectante desarrolla todo su contenido y actividad en favor de cada uno de los consor-

(1) FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *La viudedad aragonesa*, en «Anuario de Derecho Aragonés», tomo VIII, 1955-1956, págs. 1 y ss.

(2) *Op. cit.*, págs. 64 y ss., nota 118 bis.

(3) *Idem.*

tes: ambos lo tienen con carácter recíproco sobre los bienes del otro y sobre los bienes consorciales o conyugales (que no gananciales). Fallecido uno de los esposos entra en juego el usufructo efectivo de viudedad, pero sólo a favor de uno de ellos, el supérstite; con el fallecimiento de uno de los cónyuges se extingue el derecho expectante que éste ostentaba en vida y no llega a nacer su posible derecho de usufructo.

Es por ello por lo que puede decirse que ambos, derecho expectante y derecho de usufructo viudal, aunque integrantes teóricamente dentro de un concepto superior (la «viudedad legal»), actúan y viven con absoluta independencia; cada uno de ellos tiene su propia virtualidad, que se manifiesta, además, en muy diferentes consecuencias jurídicas en relación con los bienes sobre los que recaen.

Del derecho expectante podría decirse que tiene un doble aspecto de personalidad y realidad. Con relación a la persona de su titular, se trata de un derecho personalísimo y, como tal, indisponible, imprescriptible e inembargable, estando sustraído totalmente al tráfico jurídico (4). Su titular no puede disponer de él sino a través del instrumento jurídico de la renuncia.

Por otro lado, y por lo que se refiere a los objetos sobre los que recae, el derecho expectante tiene también cierto matiz de realidad, de gravamen efectivo y actual.

A este respecto señala SANCHO REBULLIDA que «la virtualidad mayor del derecho expectante se manifiesta en su afección o adherencia a la cosa objeto del mismo, en su *configuración de gravamen real*, en su energía reipersecutoria» (5).

Precisamente, y en relación con este segundo aspecto de realidad, el citado autor se plantea el interesante problema de la constatación registral del derecho expectante. Comienza afirmando que «si se acepta que es un derecho real objeto de publicidad legal que se sobrepone a la registral y perjudica a terceros, evidentemente la inscripción es ociosa. Pero mientras no se admita esta tesis—continúa—, se impone la solución afirmativa para salvaguardar el derecho de la mujer de su posible frustramiento por fraude del marido» (6).

Hoy estas consideraciones alcanzan un redoblado interés a raíz de la publicación del nuevo Título Preliminar del Código civil. Su artículo 16, párrafo segundo, apartado 2, dispone textualmente que «el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho

(4) SANCHO REBULLIDA. *op. cit.*, núm. 38, pág. 64.

(5) *Op. cit.*, núm. 39, pág. 65.

(6) *Op. cit.*, núm. 41, pág. 71.

territorio, sin haber hecho constar el régimen económico-matrimonial del transmitente». Del estudio de este precepto y de sus posibles y alarmantes consecuencias jurídicas nos hemos ocupado ya en trabajo especialmente publicado al respecto (7).

Digo, pues, que a raíz de este nuevo precepto legal, el problema de la registrabilidad del derecho expectante de viudedad aragonés alcanza un interés mucho mayor dentro del Ordenamiento y de la vida jurídica aragonesa.

Por mi parte, he pensado siempre que el derecho expectante gozaba de eso que da en llamarse «publicidad legal» y que su especial constatación registral no era precisa, ya que en toda transmisión de bienes de personas sometidas al Derecho foral aragonés era condición indispensable (y así se sigue entendiendo por parte de Notarios y Registradores de la Propiedad) la comparecencia del cónyuge del transmitente para renunciar al derecho expectante sobre los bienes transmitidos.

Sin embargo, a partir de ahora, y como consecuencia de la reciente normativa del Código, quizá haga falta pensar en una publicidad del derecho expectante más efectiva que la simple «publicidad legal», y con la finalidad primordial de intentar evitar los fraudes que en perjuicio de un cónyuge pueden ocasionarse en las transmisiones que se realicen fuera de Aragón y respecto de bienes radicantes también allende las fronteras forales aragonesas.

SANCHO REBULLIDA afirma que «aunque los textos legales no prevean la inscripción independiente, creemos que ésta cabe en el amplio marco de los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 y 8 de su Reglamento. La existencia del derecho expectante de viudedad habrá de hacerse constar por nota marginal, por aplicación analógica del artículo 93 del Reglamento; será título bastante la certificación de matrimonio junto con la prueba de la regionalidad aragonesa del marido en el momento de contraerlo» (8).

En favor de su tesis aduce el autor la importante sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 31 de enero de 1919, según la cual, «pedido por la actora que se reconozca y reserve a su favor el aludido derecho de usufructo de viudedad foral y estando justificada esa petición no sólo por la observancia 26, *De iure dotium*, de la legislación aragonesa, sino porque no ha sido en realidad impugnado aquel derecho expectante y principalmente porque declarado en la sentencia del Juzgado no se ha inter-

(7) JOSÉ LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ, *Un problema resuelto y otro que se crea (Sobre el derecho de viudedad aragonés)*, en «Anuario de Derecho Civil», volumen XXVIII, octubre-diciembre 1974.

(8) *Op. cit.* en nota 1, núm. 41, pág. 71.

puesto apelación contra la misma por los demandados, procede, a tenor de lo pedido por la actora y de lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el reconocimiento del aludido derecho expectante de usufructo sobre los dos campos, sitios en Gallur, a que la demanda se refiere, y que se tome razón suficiente en el Registro de la Propiedad de Borja, por estimarse que así procede según lo solicitado y para dar garantía legal suficiente a ese derecho para el caso de que haya lugar a hacer efectivo el derecho de usufructo aludido».

Muy importante sentencia, en efecto, que admite plenamente la constatación registral del derecho expectante de viudedad aragonés.

El derecho expectante de viudedad no nace propiamente de ningún contrato (a no ser que a la celebración del matrimonio se le dé categoría de tal), sino más bien de un acto: el matrimonio. Ello por lo que se refiere al derecho expectante respecto de los bienes habidos ya por ambos cónyuges al tiempo de celebrar las nupcias. Porque respecto de los bienes adquiridos con posterioridad, el derecho expectante surge por consecuencia de una doble circunstancia: de una parte, el acto del matrimonio, que determina la afección a ese derecho de todos los bienes que en lo sucesivo se adquieran; de otra, el contrato de adquisición.

En consecuencia, y de conformidad con los artículos 7 y 8 del vigente Reglamento Hipotecario, parece que el derecho expectante de viudedad es perfectamente registrable. El artículo 7 habla de «cualquier acto o contrato de trascendencia real que... modifique *desde luego o en lo futuro* alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Y el artículo 8 declara registrables «los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias en que rigen fueros especiales y producen respecto a los bienes inmuebles o derechos reales cualquiera de los efectos indicados en el artículo anterior».

La constatación registral del derecho expectante, insistimos, tiene hoy particular importancia respecto de los bienes inmuebles propiedad de personas sujetas al Derecho foral aragonés, cuyos bienes se encuentren sitios fuera de Aragón. Al afectar a esta clase de bienes, la discutida disposición del nuevo artículo 16, 2, del Título Preliminar del Código civil convendrá que la publicidad del derecho expectante sobre ellos sea más explícita que la simple «publicidad leal» para con ella evitar, como antes decíamos, los fraudes que puedan derivarse en lo sucesivo de la aplicación de ese nuevo precepto legal.

Será cuestión de que quienes nos dedicamos a la aplicación práctica del Derecho (Notarios, Registradores, Abogados, Jueces) tomemos conciencia de la importancia de este problema para en lo futuro adoptar las

medidas necesarias en orden a la salvaguardia de los legítimos intereses de las personas que, de una u otra forma, requieran nuestra actuación profesional.

II. LA RENUNCIA Y EL CONSENTIMIENTO

Prescindiendo ahora de otros muchos medios por los que el derecho expectante de viudedad aragonés puede extinguirse (o incluso no llegar a nacer por expresa exclusión), de los que con gran amplitud y maestría se ha ocupado ya el profesor SANCHO REBULLIDA (9), nos interesa aquí hacer especial mención y pasar al estudio detenido de uno de los expedientes más frecuentes en la práctica cotidiana, cual es el de la renuncia expresa por parte del cónyuge titular.

Digo que es uno de los modos más frecuentes, por cuanto en toda enajenación de bienes afectos al derecho expectante (y ello integra el tráfico jurídico ordinario en Aragón) exigimos la presencia del cónyuge del titular de los bienes para que proceda a esa renuncia, como procedimiento adecuado a la libre transmisibilidad de los bienes en cuestión.

Señala a este respecto el artículo 76, 2, de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón, que «este derecho (el expectante) no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los bienes mencionados en el número anterior, *a menos que se renuncie expresamente*».

Son varias las cuestiones que este precepto suscita, de las cuales vamos a ir ocupándonos en el presente trabajo.

Previamente conviene poner de manifiesto los diferentes criterios legislativos que han ido imperando con el tiempo en esta materia.

Todas las alternativas de solución en esta materia han girado en torno a dos puntos concretos: renuncia o consentimiento a la enajenación.

En efecto, como apunta SANCHO REBULLIDA, de la observancia 26, *De iure dotium*, parece deducirse el criterio del consentimiento. En ella se establecía la posibilidad de que el marido enajenase los inmuebles en que la mujer tuviese derecho de viudedad (en la misma no se hablaba de derecho expectante; es ésta una formulación doctrinal y legal muy posterior), pero quedando a salvo este derecho, a no ser que la enajenación se hubiese hecho *de voluntate uxoris*, es decir, con el consentimiento de la mujer. Consentimiento que parece equivalía a la renuncia, como evidencia la autoridad de MOLINO, que lo refiere como «práctica y costumbre del reino» (10).

(9) *Vid. in extenso* el trabajo citado en nota 1.

(10) *Op. cit.*, núm. 39, pág. 66.

Siguiendo siempre en este punto a SANCHO REBULLIDA, podemos apuntar los siguientes hitos legislativos:

El Proyecto de Apéndice de 1899, al establecer la disposición conjunta de marido y mujer de todos los bienes inmuebles, hacía innecesario el consentimiento y la renuncia al derecho expectante.

En el Proyecto de 1904 se seguía criterio idéntico al de la observancia 26, por cuanto en las enajenaciones del marido quedaba a salvo el derecho expectante de la mujer si ésta no consentía tales actos (11).

Con el Apéndice de 1925 la situación parece cambiar radicalmente. En su artículo 73, al señalar las causas por las que el derecho de viudedad cesa o se extingue, en su número 2.º, dice: «Por la expresa renuncia que éste (el titular) otorgue en escritura pública.»

Criterio que ratifica en el artículo 63, 2: «Para que tenga eficacia la renuncia... se requiere estipulación explícita en las capitulaciones u otros documentos públicos.»

En la elaboración de los sucesivos Proyectos y Anteproyectos, que dieron lugar al nacimiento de la vigente Compilación, parece que volvió a suscitarse de nuevo esta cuestión planteando dudas al respecto.

Así, en el primer Anteproyecto, redactado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, de 1961, en su artículo 143, 1, se dice que «este derecho (el expectante) no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble si no concurren a ella ambos cónyuges». Es decir, se volvía al sistema del Proyecto de Apéndice de 1899.

En parecido sentido, el Anteproyecto de julio de 1962 de esa misma Comisión de Jurisconsultos Aragoneses. Su artículo 148 señalaba que «este derecho (el expectante) no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble si no concurren a ella ambos cónyuges, con aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 119». Aquí había una novedad: el artículo 119 del mismo Anteproyecto señalaba que «la disposición de bienes comunes requiere el acuerdo de marido y mujer, y *la de bienes propios de cada cónyuge, el asentimiento del otro*».

Es decir, que la renuncia al derecho expectante quedaba sustituida bien por la disposición conjunta al tratarse de bienes consorciales o comunes, bien por el asentimiento del cónyuge titular del expectante al tratarse de bienes propios del otro consorte.

Una vuelta al criterio de 1961 representa el siguiente Anteproyecto de la citada Comisión de julio de 1963, al establecer expresamente en su artículo 144 que el derecho expectante de viudedad «no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble si no la consienten ambos cónyuges».

Como inciso he de indicar en este punto que es quizá con base en

(11) Idem, pág. 66.

tales antecedentes prelegislativos como algunos autores defienden actualmente la extinción del derecho expectante cuando ambos cónyuges consienten el negocio de enajenación del bien sobre el que aquél recae.

Muy importante es el criterio seguido en el primer Anteproyecto de Compilación redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de julio de 1965. En su artículo 76, 2, se decía expresamente: «Este derecho no extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los inmuebles, a menos que fuere consentida por el otro cónyuge o, subsidiariamente, por la Junta de Parientes y, en su defecto, por la autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada.»

En primer lugar, seguía manteniendo el criterio ya apuntado del consentimiento, en sustitución de la renuncia expresa del Apéndice de 1925.

De otra parte, admitía la posibilidad para ciertos casos de que el consentimiento fuese prestado supletoriamente por personas o entidades distintas del cónyuge titular. Sobre este punto volveremos más adelante.

Por fin, el texto definitivo, que fue aprobado en Cortes como integrante de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón, es el ya transcrito anteriormente (art. 76, 2), que exige la expresa renuncia como medio de extinción o menoscabo del derecho expectante.

Y éste parece que debe ser el criterio por el que en lo sucesivo hemos de regirnos en la práctica en Aragón.

El consentimiento de otros tiempos ha dado paso a la renuncia expresa y personal del cónyuge titular del expectante.

Según explica LORENTE SANZ, el texto antes transcrito del Anteproyecto de Compilación redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de 1965 pasó íntegro al Pleno y al Proyecto de Ley remitido a las Cortes. Fue en éstas donde sufrió la notable alteración, en el sentido que lo recoge actualmente el artículo 76, 2, de la vigente Compilación (12).

Parece que esta sustancial modificación se inició con la enmienda al Proyecto presentada en la sesión de la Comisión de Justicia por el Procurador señor BALLARÍN, quien solicitó que después de la expresión «consentida», con referencia a la enajenación por uno de los cónyuges, se introdujera el inciso «con expresa renuncia de su derecho» (13).

Y parece que la fórmula propuesta por el señor BALLARÍN es la que

(12) JOSÉ LORENTE SANZ. *El Anteproyecto de Compilación y el Proyecto de Ley en la Comisión General de Codificación y en las Cortes Españolas*. en «A.D.A.», tomo XIII, 1965-1967, pág. 373.

(13) Idem. *Vid.* también en el mismo «Anuario de Derecho Aragonés», citado en la nota anterior, las enmiendas presentadas por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, páginas 400 y ss.

ha prosperado en definitiva, si bien con la modificación de no ser necesario también, y además de la renuncia, el consentimiento a la enajenación.

Así, pues, hoy deben entenderse disipadas todas las dudas sobre el particular. En base al propio texto legal, pero en base también a estos antecedentes de orden precodificador que hemos expuesto, está muy claro que lo que el legislador quiere es que para que en caso de enajenación de bienes sujetos al derecho expectante éste desaparezca, medie el acto expreso de renuncia al mismo por parte de su titular, sin que baste ni sea suficiente con que éste preste su consentimiento a la enajenación.

Expresamente señalaba BERGUA CAMON que en la venta de bienes afectos al derecho expectante de viudedad, a raíz de la vigente Compilación aragonesa, «concurrirá uno de los cónyuges, según proceda, como vendedor; el otro, consintiendo si son bienes comunes y renunciando al derecho expectante de viudedad en todo caso» (14).

Esta expresión resume con gran claridad el criterio imperante hoy en nuestro Ordenamiento foral.

La renuncia al derecho expectante de viudedad es necesaria, como medio de liberación del gravamen que supone, en todo caso de enajenación de bienes afectos al mismo. Y ello ya se trate de bienes propios de cualquiera de los cónyuges, como de bienes comunes o consorciales. Sobre este particular volveremos más adelante dentro del presente trabajo.

III. FORMA DE LA RENUNCIA

En el derogado Apéndice de 1925 se exigía, como requisito de solemnidad para la formulación de la renuncia al derecho expectante de viudedad, el documento público.

Así se expresaba en el artículo 63, 2, en el que se disponía que «para que tenga eficacia la renuncia... se requiere estipulación explícita en las capitulaciones matrimoniales u otros documentos públicos».

Criterio que reiteraba en el artículo 73, donde al enumerar las causas de extinción del derecho de viudedad, en su número 2.º indicaba: «Por expresa renuncia que éste (el cónyuge titular) otorgue en escritura pública.»

Se suscitaron dudas acerca del alcance que debería tener la exigencia del documento público para efectuar la renunciar y, consecuentemente, el valor de la que se formulara en documento privado.

(14) JESÚS BERGUA CAMÓN, *La viudedad en nuestro Derecho foral*, publicado en el diario de Zaragoza «Heraldo de Aragón» del día 7 de mayo de 1967.

La solución jurisprudencial a esta cuestión puede hallarse en sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de febrero de 1959. En ella se trataba de resolver el valor de un documento privado de compraventa, en el que el titular de un derecho de usufructo viudal se obligaba, con respecto a los nudopropietarios de los bienes, a cederles el usufructo de viudedad que sobre tales bienes le correspondía. Se pretendió en juicio negar la validez de tal documento privado, en base a que el Apéndice entonces vigente exigía la escritura pública para realizar la renuncia.

La Audiencia falló en favor de los nudopropietarios adquirentes con los siguientes argumentos:

«Que es doctrina reiteradísima del Tribunal Supremo... aquella de dar paso al sistema espiritualista del Ordenamiento de Alcalá de que 'cualquiera que sea la forma en que uno quiera obligarse ha quedado obligado', recogido expresamente en nuestro Código civil en el invocado artículo 1.278. Y si la ley exigiera una determinada forma, compelerse las partes a cumplirla, conforme ordena el artículo 1.279. Es decir—continúa la sentencia—, que si el caso pactado se encontrase en alguno de los supuestos del artículo 1.280, el contrato en sí es válido y vinculatorio para las partes, y al no haberlo extendido en escritura pública, no es motivo de invalidación y tan sólo da acción a los contratantes a exigirse el cumplimiento de tal requisito, conforme preceptúa el artículo 1.279. Esta es la doctrina general, salvo muy contadas excepciones, con motivo de los supuestos del artículo 633, para las donaciones de bienes inmuebles; el 1.628, sobre constitución de censo enfiteútico; el 1.875, sobre la hipoteca, en que el mismo Tribunal Supremo, por tratarse de contratos a inscribir en el Registro de la Propiedad, por la naturaleza del negocio y por los efectos que deben producir contra terceros, ha creído necesario sentar que se trataba de contratos eminentemente formales, que si no se pactaban en escritura pública faltaría en ellos el requisito esencial para su validez, la forma, y que si no se cumplía el contrato era nulo de pleno derecho. Veamos si la renuncia de usufructo hecho por la demandada se encuentra enclavada en alguno de los casos de excepción.»

La Audiencia, después de aducir los criterios de las Observancias 55, 19 y 58 del Derecho aragonés anterior, terminaba afirmando: «No podemos sostener que se trate de un caso de excepción, de un requisito esencial del contrato...; se exige la escritura pública, como prueba de autenticidad, para mayor publicidad, para conocimiento de terceros, pero no como requisito fundamental del contrato, que ni por su origen ni por su fin era necesario... Hay que encuadrar estas renunciaciones en los supuestos

del artículo 1.280 del Código, al igual que las capitulaciones matrimoniales, que las sociedades cuando se aporten bienes inmuebles...»

Y concluía: «Que declarado válido el contrato de..., la demandada viene obligada a cumplirlo y a elevar a escritura pública, cual se le pide y como lo pactó...»

Muy acertada nos parece la interpretación que la Audiencia de Zaragoza dio en esta sentencia de los preceptos del Apéndice que exigían la formulación de la renuncia al expectante en escritura o documento público.

En efecto, no parece que la exigencia de la antigua legislación aragonesa pueda equipararse a la que determinados artículos del Código civil hacen de la escritura para ciertos negocios.

Fijémonos que cuando el Código civil exige la forma de escritura, y según el Tribunal Supremo, como requisito *ab substantiam*, lo hace en unos términos que no dejan lugar a dudas en su interpretación.

Así, y para la donación de bienes inmuebles, el artículo 633 dice: «*Para que sea válida*, la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública...»

Con respecto al censo enfitéutico, el artículo 1.628 dispone que «el censo enfitéutico *sólo puede establecerse* sobre bienes inmuebles y en escritura pública».

El artículo 1.875, respecto de la hipoteca, dispone: «... *Es indispensable*, para que la hipoteca *quede válidamente constituida*, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.»

A éstos cabe añadir todavía algún supuesto más, como es, por ejemplo, el de traspasos de locales de negocio. El artículo 32 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos dice que «serán *requisitos necesarios para la existencia legal* del traspaso los siguientes: ... 5.º Otorgarse el traspaso por escritura pública...».

Diferentes formas de expresar una misma exigencia: la de la formalidad con valor *ab substantiam* de la escritura pública.

Sin embargo, y frente al concepto «validez» o «existencia» de estos preceptos legales, el Apéndice aragonés hablaba de «eficacia». Ambos, validez o existencia y eficacia, son conceptos de alcance jurídico muy diferente. El primero determina la nulidad del negocio jurídico que no cumple el requisito legal de la escritura pública; por el contrario, el segundo presupone la validez del negocio que no llena dicha formalidad, como decía la transcrita sentencia de la Audiencia de Zaragoza, si bien no puede hacer efecto frente a terceros sino hasta el instante del otorgamiento de la escritura.

Es el juego normal de los artículos 1.278 a 1.280 del Código civil, reiteradamente interpretados por el Tribunal Supremo en este sentido.

Entonces, si bien la renuncia no es «eficaz», es decir, no produce «efectos» respecto de terceros sino hasta el instante en que consta formalmente en escritura pública, ello no quiere decir que semejante renuncia formulada en documento privado no sea «válida». La renuncia al expectante de viudedad formalizada en documento privado es perfectamente válida. Lógica consecuencia de ello es que tal renuncia obliga al que así la ha verificado. Y todavía más importante consecuencia es que, como quiera que tal renuncia es válida y existente, aunque ineficaz, en caso de resistencia del que la formuló (el titular del expectante) a elevarla a escritura pública, estimo que la autoridad judicial puede proceder a documentarla auténticamente, como en cualquier otro supuesto de rebeldía a la formalización de la escritura pública.

En este caso no es que el Juez supla la voluntad de renunciar del cónyuge titular del expectante, sino que se limita simplemente a documentar públicamente lo hecho ya en privado. Y ello es perfectamente lícito.

Con respecto a la legislación actual, el artículo 74 de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967, incluido dentro de las disposiciones generales relativas al derecho de viudedad, comprensivo tanto del derecho expectante como del usufructo viudal, dispone que ese derecho «podrá ser objeto de renuncia total o parcial, que *deberá constar en documento público*».

Antes de entrar en estudio del sentido que esta exigencia tenga hoy en la legislación aragonesa conviene poner de manifiesto una interesante diferencia con respecto al texto del Apéndice anterior. En éste, y aunque incidentalmente se hablaba en algún precepto de documento público, la referencia más usual era al término «escritura pública», concepto mucho más restringido que el primero.

La vigente Compilación habla en todo momento de «documento público».

Ello determina una mayor amplitud de posibilidades formales, y en un doble sentido: de una parte, en cuanto con el término «documento público» se está haciendo referencia a cualquier otro documento de esta índole que no sea el estrictamente notarial (por tanto, también el judicial o el administrativo); de otra, y aún dentro del campo notarial, la expresión de referencia determina la comprensión no sólo de la escritura propiamente dicha, sino también del acta.

Esto último puede llegar a tener en la práctica una gran importancia, como medio agilizador del tráfico jurídico en ciertos casos concretos. Piénsese en aquellos en los que por imposibilidad, ausencia, negativa injustificada o cualquier otro similar el cónyuge del transmitente de bienes afectos al derecho expectante se niega a la renuncia de éste en el

momento de la enajenación y, no obstante ello, ésta se efectúa. Si después dicho cónyuge pretende renunciar al derecho expectante, si tal renuncia se documenta en escritura pública, parece imprescindible que ésta pase por Hacienda con la finalidad no de liquidar impuestos (pues esta renuncia al derecho expectante de viudedad no es acto sujeto), sino de poner la preceptiva nota de exención. Por el contrario, si la renuncia se efectúa en acta, estimo que con ella el trámite fiscal puede excluirse perfectamente y ser aportada la misma, con la escritura de transmisión, al Registro de la Propiedad.

En el otro aspecto también tiene una gran importancia la ampliación de referencia. Así, será perfectamente válida y eficaz la renuncia al expectante que conste en cualquiera de los posibles documentos judiciales o administrativos, por ejemplo: en un sumario judicial; en un acta de expropiación de fincas; en un expediente gubernativo, ya sea de la Administración local, provincial o estatal, etc.

Ahora bien, volviendo al tema del alcance que hoy puede tener la exigencia del documento público para la realización de la renuncia, estimo que el nuevo texto de la Compilación no ha variado el sentido que a tal exigencia daba antes el Apéndice. La expresión «deberá» del artículo 74 de la Compilación de 1967 no parece que pueda equipararse a las usadas por los antes citados preceptos del Código civil o de la Ley de Arrendamientos Urbanos. En el texto legal aragonés vigente no se emplea la expresión «validez» o «existencia». La usada por él es similar a la del artículo 1.667, en donde, y con respecto a la sociedad civil, después de admitir cualquier forma de constitución, añade: «... salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso *será necesaria* la escritura pública».

Este «ser necesaria» y aquel «deberá» son términos sinónimos. Y siendo así que la interpretación jurisprudencial del primero está clara, en el sentido de ser un supuesto de los encuadrables en los artículos 1.278 a 1.280 del Código civil, parece que la interpretación que deba darse al artículo 74 de la vigente Compilación aragonesa ha de ser el mismo.

Así, pues, a nuestro juicio, la solución a este problema en el nuevo texto de la Compilación parece que ha de ser la misma expuesta antes para el derogado Apéndice de 1925.

Dentro de este mismo apartado conviene hacer referencia a ciertas cuestiones que suponen determinadas variantes en la realización efectiva de la renuncia de que tratamos.

La primera de ellas alude a la posible onerosidad en la efectución de dicha renuncia.

Normalmente, ésta se hace sin condición ni reserva alguna, pura

y simplemente, como algo naturalmente integrante de la propia transmisión que el cónyuge propietario de los bienes realiza.

En el sentir general de la gente parece existir el criterio en Aragón de que ambos consortes, el propietario de los bienes y el titular del derecho expectante, son en alguna medida cotitulares de los objetos a transmitir o, al menos, que este último tiene alguna participación en dichos objetos (que efectivamente la tiene, pues el derecho expectante ya hemos dicho que obra como una suerte de gravamen sobre los bienes a los que afecta). Pero se piensa también que en el precio convenido para la enajenación va ya incluida la renuncia al derecho expectante; es como una especie de precio global que abarca ambos derechos: el de propiedad del transmitente y el de la titularidad del expectante de su cónyuge.

Sin embargo, ello no quita para que puedan existir algunos casos, y de hecho existen (de ellos he podido ser testigo presencial en mi despacho), en los que el cónyuge titular del expectante se niega a firmar la renuncia a su derecho si no media en su beneficio alguna cierta compensación dineraria. Compensación que tanto puede provenir por parte de su consorte, el transmitente, como por parte del adquirente, al que se le grava así el precio de su adquisición con un «plus» con el que normalmente no contaba.

ARNANZ DELGADO admite la posibilidad de este convenio, que daría un matiz de onerosidad a la renuncia. Dice este autor que, a su juicio, «es lícita la renuncia (al derecho expectante) a cambio de una cantidad alzada o por unos bienes». Y cita en apoyo de su aserto una sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 7 de febrero de 1942 (15).

Ciertamente, y aun cuando esa sentencia está referida no propiamente al derecho expectante, sino al consolidado derecho de usufructo viudal, resulta de gran interés en esta materia, por lo significativa. En ella se resolvía un supuesto en que el cónyuge supérstite, titular de un usufructo viudal, formalizaba la renuncia al mismo para que los herederos nudo-propietarios pudieran pasar a la libre venta de los bienes, pero a cambio de ciertos objetos que en pleno dominio le habían de entregar dichos herederos (16). La Audiencia admitió en aquella sentencia la validez de semejante acuerdo.

Esta cuestión roza muy de cerca con la relativa a si la renuncia a la viudedad ha de ser siempre de tipo abdicativo o cabe también la trasla-

(15) RAFAEL ARNANZ DELGADO, *Causas de extinción de la viudedad*, en «A.D.A.», tomo VI, 1951-1952, pág. 93.

(16) Esta cuestión, que, aunque no muy frecuente en la práctica, suele presentarse en alguna ocasión, es un portillo muy interesante a través del cual podría llegar a admitirse en la legislación aragonesa la conmutación del usufructo de viudedad en términos análogos a los previstos para el Derecho común en el vigente Código civil (art. 839).

tiva (17). Digo que roza de cerca, aunque ambos supuestos no pueden identificarse. Pienso que en la renuncia traslativa del efectivo derecho de usufructo viudal, prescindiendo de que quepa o no su admisibilidad (la inalienabilidad dogmática de ese derecho hace dudar de la validez de ese tipo de renuncia), lo que existiría sería la transmisión de un derecho a favor de una determinada persona, bien el titular de la nuda propiedad, bien el adquirente de los bienes, transmitidos precisamente por los nudo-propietarios. Y un derecho que se materializa en algo concreto y tangible: el usufructo de los bienes en cuestión, con las facultades propias de todo derecho de usufructo.

Sin embargo, pensar que el derecho expectante de viudedad pueda ser transmitido a un tercero no parece posible, por la propia naturaleza y contextura del derecho expectante. Ya hemos dicho que éste, aunque derecho subjetivo real, que pesa sobre los bienes sobre que recae como una suerte de gravamen real, no tiene una efectiva consistencia hasta que llega a convertirse en el usufructo viudal. Hasta entonces es, como su propio nombre indica, un derecho expectante de posible realización, pero no de realización actual.

Parece que por su propia naturaleza (derecho personalísimo), el derecho expectante de viudedad no puede pertenecer sino al cónyuge inicialmente titular del mismo, pero no a terceras personas. Si la renuncia al mismo se efectúa previamente a la enajenación de los bienes, lo que sucede es que se produce una liberación de éstos, al desaparecer de ellos el gravamen que el expectante supone, pero el cónyuge titular de los mismos no adquiere realmente nada. Y lo mismo puede decirse si la renuncia se realiza con posterioridad a la transmisión: los bienes, de haber sido adquiridos con el peso de un gravamen (aunque actual, no realizable), pasan a ser libres y desprovistos de toda carga, presente ni futura, pero su propietario no adquiere especialmente nada con ello (como no sea una enorme satisfacción y tranquilidad: entidades metajurídicas).

En definitiva, no es que pueda hablarse en estos casos de renuncia traslativa, pero sí que el cónyuge titular del expectante puede condicionar su renuncia a la percepción de una real ventaja, bien en dinero, bien en cosas, bien en cualquier otra forma de beneficio.

Nada creo que se oponga a ello. Al contrario, si el derecho expectante de viudedad es, según lo dicho, un derecho subjetivo actual, integrante del patrimonio de su titular, puede estimarse que tiene cierto matiz patrimonial y, por consiguiente, al suponer su renuncia una merma en el pecu-

(17) Del problema de la renuncia abdicativa y traslativa se ocupan especialmente ARNANZ DELGADO y SANCHO REBULLIDA en las *op. cit.*

lio de su titular, puede éste condicionar dicha renuncia a la obtención de algún beneficio que le compense.

De hecho, en la práctica estas compensaciones vienen a solucionar no pocos casos de resistencia del cónyuge titular a la renuncia de su derecho expectante.

Por lo mismo, no parece que nada se oponga a que la renuncia pueda someterse a condición en sentido propio. El caso más normal sería el del titular del expectante que renuncia a su derecho con anterioridad a la transmisión de los bienes. En esos casos puede dicho cónyuge, lógicamente, condicionar su renuncia a la efectiva realización de la transmisión por parte de su consorte.

Y quien dice ello, cualquier otro supuesto similar (18).

Por lo mismo también parece que ha de admitirse igualmente la renuncia sometida a plazo. A plazo inicial o suspensivo o a plazo preclusivo. Puede renunciarse al derecho expectante, pero para que la renuncia surta efecto desde cierto día o momento, o, al contrario, puede renunciarse hasta cierto momento (19).

No parece que ninguna disposición de la Compilación aragonesa se oponga a ello.

IV. LA RENUNCIA SUBSIDIARIA

Ya hemos indicado antes cómo en el Anteproyecto de julio de 1965 de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, estableciendo que para la extinción del derecho expectante de viudedad era necesario el consentimiento del cónyuge titular, se admitía la posibilidad de que por la Junta de Parientes o autoridad judicial pudiera prestarse

(18) *Vid.* lo que se dice más adelante en el epígrafe VIII de este mismo trabajo.

(19) Concretamente, la renuncia al expectante de viudedad verificada bajo plazo suspensivo (para que surta efecto desde cierto día) puede tener una gran importancia en un supuesto concreto, cual es de la permuta de solar por piso a construir. En efecto, si uno de los cónyuges transmite mediante este tipo de negocio un solar de su propiedad, interesa mucho a su consorte que la renuncia que a su derecho expectante haga en el cambio quede supeditada al momento en que por parte del adquirente del solar (generalmente, un constructor) se cumpla con la fundamental obligación de hacer entrega del o de los elementos nuevamente contruidos, por cuyo cambio se recibió el solar.

En cuanto a la renuncia bajo plazo preclusivo (hasta cierto día o momento), puede desempeñar un importante papel, por ejemplo, en el caso de cesión por parte de uno de los cónyuges del derecho de superficie sobre una finca de su propiedad. La temporalidad con que se otorga—este derecho debe ser favorable también a una temporalidad—en la renuncia del derecho expectante de viudedad sobre esa finca.

subsidiariamente ese consentimiento en los casos de ausencia, incapacidad o negativa injustificada del cónyuge titular.

El primer texto del Anteproyecto experimentó una serie de enmiendas en la Comisión de Justicia de las Cortes.

La primera de ellas, proveniente del señor BALLARÍN, proponía sustituir la expresión del artículo 76, 2, «subsidiariamente por la Junta de Parientes y, en su defecto, por la autoridad judicial», por la más flexible de «subsidiariamente por la Junta de Parientes o por la autoridad judicial» (20).

Con ello se pretendía agilizar más el expediente de renuncia subsidiaria, pues éste podría solicitarse tanto de una como de otra entidad, tanto de la Junta de Parientes como de la autoridad judicial. Mientras que en el texto del Anteproyecto se exigía acudir siempre primero a la Junta de Parientes, y sólo en defecto de ésta (21), a la autoridad judicial.

Suponía también una mayor garantía para el cónyuge propietario de los bienes, quien no se veía así sometido inexcusablemente a la Junta de Parientes, integrada al fin por miembros de ambas familias—la suya y la de su consorte—, en quienes los sentimientos personales podían influir grandemente. Poder acudir al órgano judicial daba las garantías de una mayor objetividad e imparcialidad.

Fue, sin embargo, el mismo señor BALLARÍN quien, según lo ya dicho más arriba, en la propia Comisión de Justicia propuso oralmente que se estableciera en el texto el criterio de que *en todo caso* de enajenación de bienes sería precisa la efectiva renuncia del cónyuge titular del expectante para que este derecho pudiera extinguirse. Y así pasó, en definitiva, al texto de la Compilación, con supresión de toda referencia a la renuncia ni consentimiento (éste había desaparecido ya) subsidiarios por parte de entidad alguna en los casos propuestos de ausencia, incapacidad o negativa injustificada.

Y como acertadamente dice LORENTE SANZ, «aunque no se dijo explícitamente, quedó suprimida la suplencia de la renuncia en casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada» (22).

En definitiva: la vigente Compilación aragonesa no admite que la renuncia al derecho expectante de viudedad por parte del cónyuge titular del mismo pueda ser suplida por entidad o persona distinta del mismo. Se estima la renuncia como acto personalísimo, que de no ser efectuado precisamente por dicho cónyuge, los bienes, si se transmiten, pasan al nuevo adquirente con el peso del expectante.

A mi modo de ver, no fue precisamente un acierto la admisión de

(20) Vid. JOSÉ LORENTE SANZ, *op. cit.*, pág. 373.

(21) Vid. lo dicho en el epígrafe II de este mismo trabajo.

(22) *Op. cit.*, pág. 374.

aquella enmienda, que modificó tan sustancialmente el texto del Anteproyecto de 1965. En la actualidad, la imposibilidad de acudir a la renuncia subsidiaria está planteando no pocos problemas en la práctica, problemas que en algunos casos están llegando incluso a determinar una verdadera amortización de los bienes en manos de su propietario, con todo lo que de antieconómico lleva ello consigo.

Porque basta con que el cónyuge del propietario, por desavenencias familiares o por cualquier otro motivo, niegue la renuncia a su derecho expectante para que la transmisión de los bienes no pueda llevarse a cabo. Pues no habrá ningún posible adquirente de los mismos que se arriesgue a su adquisición con el peso del expectante y con la amenaza de su posible conversión, en un futuro más o menos próximo, en un efectivo derecho de usufructo.

Y lo que se dice de la negativa infundada puede afirmarse también, pero con el problema mucho más acrecentado, de los supuestos de ausencia o incapacidad (23).

Hubiera sido preferible admitir aquella renuncia subsidiaria, quizá dando más relevancia o exclusiva intervención a la autoridad judicial. Esta, a la vista ponderada de las circunstancias, podría decidir sobre la renuncia, especialmente en aquellos casos en los que se advirtiera que la negativa del cónyuge titular del expectante estaba basada esencialmente en la mala fe y en el ánimo de perjudicar a su consorte (que suelen ser los casos más frecuentes, muchos de los cuales he podido presenciar ya, con un gran sentimiento de impotencia, en mi propio despacho profesional).

Porque, por otra parte, considero que la inflexibilidad en este punto de la Compilación aragonesa, al suscitar los graves problemas que en la práctica está provocando, no es sino un medio de autodestrucción. Y buena prueba de ello es la reciente reforma del Título Preliminar del Código civil, a la que antes hacíamos referencia.

Por lo impopular de la postura en que la Compilación se coloca en el tema concreto que tratamos, así como por los graves inconvenientes que decíamos está provocando, estimo que sería ésta una cuestión para ser objeto de profunda reflexión por parte del legislador y de los artífices de la norma positiva aragonesa y pensar en una futura revisión, quizá

(23) Pues siendo la renuncia al expectante de viudedad un acto de carácter estrictamente personal por parte de su titular, no puede ser sustituido ni por el representante del ausente ni por el tutor del incapaz. Y así como en el supuesto de negativa infundada el cónyuge titular del expectante puede cambiar de parecer y efectuar la renuncia, por el contrario, en los casos de ausencia o incapacidad no se ve manera de solventar el problema, que puede subsistir por tiempo indefinido, al menos mientras el ausente no retorne o sea declarado fallecido, o el incapaz recobre la razón o fallezca.

dentro de ésta que para el año 1977 debe efectuarse, de la propia Compilación aragonesa (24).

V. RENUNCIA GENERICA Y RENUNCIA POR PODER

Se nos suscita ahora la cuestión de si la renuncia al derecho expectante de viudedad puede efectuarse de un modo genérico, referida a todos los bienes del cónyuge propietario de los mismos, o, por el contrario, esa renuncia ha de estar referida a cada caso concreto y a cada bien u objeto determinado.

Dice a este respecto ARNAZ DELGADO que «no creemos que esta renuncia (la del derecho expectante) se refiera a un solo bien, como señala algún autor, pues que esta renuncia, repetimos, se refiere al derecho expectante y puede comprender desde la renuncia total a la de un solo bien...» (25).

En la actualidad, la Compilación es explícita en este punto, saliendo quizá al paso de ciertas dudosas interpretaciones del Apéndice anterior. En su artículo 74, 1, después de establecer que el derecho de viudedad (se refiere al doble derecho expectante y de usufructo) es inalienable, dispone que «podrá ser objeto de *renuncia total o parcial*...».

Así, pues, no cabe ninguna duda de que el derecho expectante de viudedad puede ser renunciado respecto de un solo bien, de varios o de todos sobre los que recae.

Ahora bien, llegados a este punto cabe suscitarse (y ello tiene gran importancia en la práctica, según se dirá) la cuestión de si esa renuncia genérica puede efectuarse también respecto de los bienes aún no existentes en el patrimonio del otro cónyuge. Es decir, si cabe o no la renuncia sobre los bienes futuros, o mejor, sobre el derecho expectante en bienes a adquirir en el futuro.

La solución parece que ha de ser negativa. Y ello por pura lógica: no se puede renunciar a lo que todavía no se tiene; podrá haber quizá una promesa de renuncia, pero no una efectiva renuncia actual.

Y como quiera que, según el artículo 76, 1, de la Compilación aragonesa, el derecho expectante se adquiere en el «momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos» los bienes sobre los que recae, resulta que si al momento de efectuar la renuncia determinados bienes todavía no han ingresado en ninguno de esos patrimonios, difí-

(24) El legislador previó al promulgar la Compilación la posibilidad de verificar revisiones de la misma, periódicamente, cada diez años.

(25) *Op. cit.*, pág. 93.

cilmente podrá ninguno de los cónyuges efectuar una renuncia sobre ellos.

En este sentido puede decirse que la renuncia al expectante de viudedad ha de ser actual, es decir, sobre bienes realmente existentes en el patrimonio de cualquiera de los cónyuges o en el consorcial (26).

Esta cuestión tiene particular importancia en relación con un tema de viva actualidad en nuestros días. Me refiero a la escritura de capitulaciones matrimoniales, en las que se conviene el sistema de separación de bienes.

Especialmente cuando esta separación de bienes responde a una efectiva separación conyugal de hecho (convenios amistosos de separación), la cuestión alcanza un redoblado interés. Pues si se trata de desligar a un cónyuge de los intereses de todo orden, y en especial patrimoniales, del otro, y a la inversa, el derecho expectante juega un papel primordial en las futuras actuaciones jurídicas de cada uno de los cónyuges separados.

Por ello suele tenderse en la redacción de esa clase de capitulaciones a dejar sentadas lo mejor posible todas las circunstancias de índole patrimonial de cada uno de los cónyuges. Y suele existir, consecuentemente, una tendencia a incluir una cláusula por la que cada uno de los capitulantes renuncia genéricamente a su derecho expectante de viudedad respecto de los bienes del otro.

Pues bien, considero que esa estipulación es perfectamente válida en cuanto haga referencia exclusiva a los bienes que en la actualidad existen en el patrimonio de cada uno de los cónyuges que se separan.

Mucho más dudosa, sin embargo, por lo expuesto más arriba, es en cuanto se pretenda extender también a los bienes que en lo futuro pueda adquirir cada uno de ellos.

De ahí que como solución a este problema se pueda acudir a la idea del poder. Es decir, al formular las capitulaciones renuncian de forma genérica al derecho expectante, recíprocamente, cada uno de los interesados respecto de todos los bienes que el otro tenga actualmente, y en cuanto a posibles futuros objetos, se facultan ambos, también recíprocamente, para que el propietario de los mismos, al enajenar cada uno de ellos, pueda, como mandatario, hacer la efectiva renuncia al expectante de viudedad.

Esta es una fórmula bastante generalizada en las escrituras notariales

(26) Acerca del interesante problema de si el derecho expectante de viudedad puede recaer sobre bienes tenidos sólo en nuda propiedad por el otro cónyuge, puede consultarse nuestro trabajo *Extensión del derecho de viudedad aragonés*, en «Revista de Derecho Notarial», LXXIX, enero-marzo 1973.

de capitulaciones matrimoniales de separación de bienes que se otorgan en Aragón.

Y nada parece que pueda oponerse a ello.

El hecho mismo de que el derecho expectante sea una derecho personalísimo, y la renuncia expresa al mismo, un acto estrictamente personal de su titular, no impide que, como en cualquier otro caso semejante, dicho acto pueda ser realizado a través de un mandatario con poder expreso para ello.

Tampoco es obstáculo el hecho de que algún bien de los que se enajenen haya sido adquirido con posterioridad al otorgamiento de la escritura de poder, pues mientras éste se encuentre vigente por no haber sido revocado, sus facultades abarcan cualesquiera bienes, como ocurriría en un mandato normal de venta de todos los bienes del mandatario, presentes o futuros; poder éste que será perfectamente válido y ortodoxo.

VI. RENUNCIA EN BIENES CONSORCIALES

Lo cierto es que con arreglo a la vigente normativa de la Compilación aragonesa no sería necesario tratar aquí especialmente este tema.

Sin embargo, lo hacemos brevemente por haber advertido en la práctica no pocas escrituras notariales en las que parece seguirse un criterio, a mi juicio, erróneo a este respecto, consistente en no hacer renunciar a ambos cónyuges a sus derechos expectantes de viudedad, cuando de enajenación de bienes consorciales o comunes se trata.

A mi modo de ver, esta deficiente actuación tiene un doble fundamento.

De una parte, el criterio de la legislación anterior, de la que no resultaba enteramente claro si el expectante existía solamente sobre los bienes propios de cada uno de los cónyuges o también sobre los consorciales. El artículo 63 del viejo Apéndice de 1925 decía textualmente que «la celebración del matrimonio atribuye por ministerio de la ley a los cónyuges, solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran, así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro» (27).

Por tres aspectos en la forma de expresarse el precepto podía haber la duda planteada: uno, por no mencionar expresamente los bienes

(27) Dudas de que también se hacía eco SANCHO REBULLIDA en *op. cit.*

consorciales adquiridos como sujetos al derecho expectante de viudedad; otro, por no precisar a qué bienes adquiridos con posterioridad a la celebración del matrimonio se refería, si sólo a los adquiridos por cada uno de los cónyuges como propios o también a los consorciales, y, por fin, porque al decir al final del párrafo transcrito «usufructuar *el uno los del otro*», parecía dar a entender un derecho de expectante. primero, y de usufructo, en su caso, después, a favor de un cónyuge respecto de los bienes propios del otro, pero no de su participación en los consorciales.

Hoy, la Compilación de 1967 es mucho más clara y explícita. Según ya hemos visto, su artículo 76, 1, determina que quedan afectos al derecho expectante de viudedad los bienes que señala «en el momento de *ingresar en el patrimonio común o en los privativos*».

Con el presente texto legal no cabe ya ninguna duda acerca de la cuestión planteada: el derecho expectante de viudedad existe también a favor de cada uno de los cónyuges sobre los llamados bienes consorciales.

El otro motivo de duda parece provenir de la evolución experimentada en relación con esta materia, a través de la legislación anterior, los Anteproyectos que prepararon la actual y la vigente Compilación. A ella nos hemos referido en el epígrafe II de este trabajo.

Ya hemos visto cómo en numerosos Anteproyectos previos a la Compilación vigente, el acto de la renuncia fue sustituido por el consentimiento del cónyuge titular del expectante.

Entonces, y como quiera que en toda transmisión de bienes consorciales, efectuada por el marido en aras de las normales facultades de dirección conyugal predominantes en nuestro Ordenamiento, debe comparecer la mujer para consentir dicha enajenación, se entiende por algunos que implícito en este consentimiento uxorio va ya la renuncia al expectante de viudedad.

Por mi parte, sin embargo, me atrevería a formular en contra de este criterio las siguientes objeciones:

En primer lugar, si se dice que con el consentimiento va implícita la renuncia, si ello se afirma de los bienes consorciales nada se opondría a su extensión aplicativa a los bienes privativos de cualesquiera de los cónyuges. Entonces, y como quiera que, antes de la reciente reforma del Código civil, cuando enajenaba la mujer, el marido debía intervenir en el acto para consentir dicha enajenación, en tales negocios tampoco sería necesaria la expresa renuncia a su derecho expectante de viudedad por parte del marido. Y, sin embargo, los mismos que defienden el criterio expuesto de que el consentimiento equivale a renuncia, eran los primeros que en este otro tipo de negocios jurídicos hacían constar expresa-

mente la renuncia del marido a su derecho expectante sobre los bienes enajenados por su mujer, además del consentimiento (27 bis).

Y es que el texto del artículo 76, 2, de la vigente Compilación aragonesa es suficientemente explícito. Para que el derecho expectante desaparezca en caso de enajenación, ya de bienes propios, ya de bienes conyugales, es precisa la expresa renuncia de su titular.

Ya se piense, según los criterios, que sobre los bienes conyugales existe por parte de ambos esposos una suerte de titularidad compartida, ya una especie de titularidad por cuotas, ya incluso que el marido es el único titular constante del matrimonio, lo cierto es que ambos cónyuges gozan de un derecho expectante de viudedad sobre los bienes consorciales, sobre cada uno por entero o sobre participaciones indivisas del mismo, el cual precisa ser renunciado por ambos cuando se trata de enajenación de bienes consorciales.

Y esa renuncia estimo que será necesaria no sólo por parte del cónyuge del transmitente—ordinariamente, la mujer—, sino incluso por parte de éste mismo. Porque del mismo modo que consentir una enajenación no parece que equivalga también a renuncia del expectante, tampoco realizar directamente el acto traslativo parece que deba equivaler a la conjunta e implícita renuncia a ese derecho.

Por mi parte, y con la finalidad de evitar discusiones de índole dogmática referentes a la naturaleza de la titularidad sobre los bienes consorciales, suelo utilizar una fórmula similar a ésta: «Ambos cónyuges renuncian expresamente a sus respectivos derechos expectantes de viudedad sobre la finca transmitida en esta escritura.»

(27 bis) Precisamente, y a raíz de la reciente reforma del Código civil autorizando la libre enajenación por la mujer casada de sus propios bienes, resulta curioso cómo mientras en la mayor parte de las regiones españolas, y especialmente las sujetas al Derecho Común, para la enajenación de tales bienes no es necesario la intervención ni consentimiento del marido, por el contrario, en Aragón, país que siempre ha hecho gala en materia jurídica de una mayor libertad civil, por consecuencia del derecho expectante de viudedad, en las enajenaciones de bienes por mujer casada seguirá siendo necesaria la intervención en el acto por parte del marido, ya no para consentir la transmisión, sino precisamente para renunciar al derecho expectante que ostenta sobre los bienes que se transmiten. Con lo que la situación práctica viene a ser la misma que la existente con anterioridad a la reforma del Código, y hace que en estos actos de enajenación la mujer casada aragonesa sea ahora de peor condición que las casadas sujetas al Derecho común.

VII. RENUNCIA EN CASO DE PERMUTA

Otro supuesto planteado en no pocas escrituras, defectuosamente, a nuestro juicio, es el de la permuta de bienes, ya privativos, ya consorciales, pero sobre los cuales pesa un derecho expectante de viudedad.

Hay muchos Notarios que en dicho tipo de escrituras no exigen del cónyuge del permutante la renuncia expresa a su derecho expectante de viudedad sobre los bienes que se enajenan.

El criterio sobre el que parece estar basada esta actitud es el de la subrogación real que en todo supuesto de permuta se produce respecto de los bienes intercambiados y con relación a los respectivos patrimonios de sus propietarios.

En efecto, el negocio jurídico de permuta es normalmente el más adecuado para provocar el fenómeno subrogatorio.

La subrogación real que se produce entonces consiste en que el bien adquirido en el cambio entra a ocupar en el patrimonio de su adquirente la misma posición jurídica que tenía el transmitido. La subrogación real tiene así una misión que podríamos calificar de clasificatoria en el sentido de determinar a qué patrimonio, y dentro de él, en qué situación jurídica, va a entrar el nuevo objeto adquirido. Así, si el transmitido a cambio era ganancial, propio del marido o privativo de la mujer, el nuevamente adquirido en permuta será también ganancial, propio del marido o de la mujer.

Es lo que en otro lugar hemos dado en llamar «subrogación real de dominio» (28).

Frente a ella existe también la llamada «subrogación real de gravámenes», consistente en que las cargas afectantes al bien que se transmite pasan inalteradas a afectar al nuevo bien adquirido en cambio. Cargas y derechos reales en general. Así, si el objeto transmitido en trueque estaba, por ejemplo, hipotecado, la hipoteca desaparece del mismo para pasar a gravar al objeto adquirido en su sustitución.

Sin embargo, esta subrogación real de gravámenes sólo existe en nuestro Ordenamiento positivo en un caso concreto y determinado: el previsto en la vigente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, a propósito de la concentración parcelaria, en la que su artículo 230 dispone expresamente que «el dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concen-

(28) JOSÉ LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ, *Contribución al estudio de la Ley de Permutas Forzosas*, en «Revista de Derecho Agrario», tomo I, Zaragoza, 1964.

tración pasarán a recaer inalterados sobre las fincas de .emplazo del modo y con las circunstancias que establece la presente ley. No obstante, las servidumbres prediales se extinguirán, serán conservadas, modificadas o creadas de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad».

Pues bien, sólo en este supuesto concreto y muy específico está admitida en nuestro Ordenamiento jurídico la subrogación real de gravámenes. En el resto, de los principios que emanan del propio Ordenamiento se deduce con bastante claridad la no admisibilidad de esta especial subrogación.

En consecuencia, y es lo lógico y ordinario, cuando, por ejemplo, se vende una finca hipotecada, el gravamen se mantiene inalterado sobre el inmueble, a menos que sea cancelado expresamente. Y lo mismo cuando la transmisión se realiza no por venta, sino por permuta.

Pues bien, lo mismo sucede con el derecho expectante de viudedad, que también actúa sobre los bienes, según lo expuesto más arriba, como una especie de carga o gravamen, aunque *sui generis*.

Pensar que al transmitir en permuta una finca afecta al derecho expectante, éste desaparece de ella, sin renuncia expresa de su titular, para pasar a afectar al nuevo bien adquirido, es un contrasentido que va contra todo principio de nuestro Ordenamiento jurídico.

Porque si bien es cierto que sobre el nuevo bien adquirido en la permuta se dará también el derecho expectante, ello no será como consecuencia de esa pretendida subrogación real, sino más bien como lógica aplicación de la normativa de la Compilación, cuyo artículo 76, 1, determina la existencia del derecho expectante sobre los bienes desde el momento de ingresar en el patrimonio de su titular.

Entonces, si al otorgamiento de la escritura de permuta, el cónyuge del propietario de los bienes a intercambiar no comparece para expresamente renunciar a su derecho expectante sobre los bienes a transmitir, éstos pasarán a manos del nuevo adquirente con el peso del expectante y la amenaza de un futuro posible usufructo.

La permuta es un negocio de enajenación de los que el artículo 76, 2, de la Compilación habla, sin que nada tenga de especial en relación con cualquier otro negocio similar, como pueda ser la compraventa.

VIII. RENUNCIA EN CASO DE HIPOTECA

Ya hemos dicho o, al menos, insinuado que la renuncia al derecho expectante de viudedad puede hacerse en cualquier momento, total o parcialmente. Que no es necesario la existencia de un especial acto de enajenación para que la renuncia se efectúe, pues esa renuncia cabe efectuarla anticipadamente e *in genere*.

Y que la Compilación aragonesa, cuando en su artículo 76, 2, dispone que «este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior, a menos que se renuncie expresamente», no quiere decir que la renuncia haya de hacerse sólo y siempre que se trate de la enajenación de algún objeto afecto al expectante; lo único que quiere significar es que en caso de enajenación, si previamente (y esto puede ser en el acto mismo de la enajenación o mucho antes) no se ha renunciado al derecho expectante, los bienes transmitidos pasarán a su nuevo adquirente con el peso del expectante.

Sin embargo, lo usual en la práctica es que al derecho expectante de viudedad se renuncie en cada caso de enajenación y con carácter parcial, referida la renuncia sólo al bien que se transmite en ese acto.

Pues bien, en este punto resulta de sumo interés analizar el sentido que la Compilación ha querido dar al término enajenación usado en el artículo 76, 2.

Porque el concepto *enajenación* alude a algo restringido, englobado jurídicamente dentro del término más amplio de *disposición*. Toda enajenación es una disposición, pero no a la inversa.

Como acertadamente pone de manifiesto a este respecto AGUILERA DE LA CIERVA, «el concepto de los actos de disposición no se restringe a los actos de enajenación, como ha pretendido alguna teoría jurídica. Se trata de una noción mucho más amplia, que comprende toda modificación jurídica de un bien o derecho. Mediante el acto de disposición se transfiere, se grava, se extingue un bien o derecho o, de modo general, se produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica» (29).

Y cita a ENNECCERUS, quien contrapone la pérdida y la modificación del derecho: en la segunda no se altera la esencia del derecho; ambas suponen disposición (30).

De forma parecida, DÍEZ PICAZO afirma que «en un sentido muy general puede decirse que son actos o negocios jurídicos de disposición

(29) TOMÁS AGUILERA DE LA CIERVA, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 111.

(30) *Op. cit.*, pág. 111, nota 85.

aquellos actos y negocios jurídicos por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido. Partiendo de esta idea—continúa el autor—pueden contraponerse claramente, dentro del concepto general de los negocios de disposición, los siguientes: 1.º Los negocios de enajenación o negocios traslativos, por medio de los cuales el titular de un derecho transmite de manera inmediata dicho derecho a otra persona. 2.º Los negocios dirigidos a la constitución de un gravamen o de un derecho real sobre una cosa. 3.º La renuncia abdicativa, por medio de la cual el titular de un derecho hace voluntaria dejación de éste extinguiéndolo» (31).

Interpretando la doble dicción del artículo 1.413 del Código civil, en cuanto habla de actos de enajenación y de disposición, LACRUZ BERDEJO sigue el mismo criterio expuesto, calificando a los actos de enajenación como aquellos que provocan una «transferencia de derechos» (32).

De acuerdo, pues, con estas afirmaciones, en cuanto resumen de un criterio jurídico que parece generalmente admitido en nuestra doctrina, el acto de enajenación puede configurarse como aquel que provoca estrictamente una transmisión inmediata de derechos de una persona a otra, frente al acto de disposición en cuanto concepto más general y amplio, que abarca no sólo al acto propio de enajenación, sino también a aquellos otros que suponen cualquier otra modificación jurídica de los derechos (gravamen y renuncia abdicativa).

Así las cosas, parece que el término *enajenación* del artículo 76 de la Compilación de Derecho civil de Aragón debe entenderse, como decimos, en sentido estricto, en cuanto comprensivo solamente de los actos que determinan una efectiva y actual transmisión de derechos de una persona a otra.

Y, además, ello es lógico, por cuanto la renuncia al derecho expectante no tiene otra finalidad que conseguir que los bienes transmitidos lo sean en la más completa libertad de cargas y gravámenes. Luego donde no hay transmisión huelga toda renuncia a derecho expectante.

Pues bien, en relación con ello alcanza particular importancia el supuesto en que cualquiera de los cónyuges se propone hipotecar algún bien de su propiedad o se hipotecan por el marido, con consentimiento de la mujer, los consorciales.

Entonces, y en dichos casos, se plantea la interesante cuestión de si es o no necesario que el cónyuge del hipotecante comparezca en la

(31) LUIS DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Edit. Tecnos, Madrid, 1972, vol. I, págs. 69 y 70.

(32) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Librería Bosch, Barcelona, 1963, pág. 534.

correspondiente escritura para renunciar a su derecho expectante sobre los bienes hipotecados.

De todo lo dicho hasta aquí parece que la solución más apropiada habría de ser la negativa.

En efecto, si el negocio jurídico de constitución de hipoteca no es un acto estricto de enajenación, sino más bien de disposición, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 76, 2, de la Compilación aragonesa, el cónyuge del hipotecante no tiene por qué intervenir en el acto en que se crea el gravamen, ya que ninguna transferencia patrimonial se está entonces efectuando.

Porque si el cónyuge titular del expectante renuncia a éste en el instante de la hipoteca y luego, como consecuencia de ser pagado el crédito que la hipoteca garantiza, ésta no se lleva a su ejecución, resulta que aquél ha perdido irremisiblemente su derecho expectante renunciado, recobrando su consorte el bien liberado del gravamen hipotecario y liberado también del gravamen que el expectante representa.

Pero en el caso contrario, si no se efectúa esa renuncia al constituirse la hipoteca y luego, por impago de la deuda, se llega a la ejecución, con el consiguiente embargo, subasta judicial y adjudicación de la finca hipotecada a un tercero, resulta que si entonces el titular del expectante no renuncia voluntariamente al mismo, el adquirente de los bienes los obtendrá con el gravamen de la expectativa de viudedad.

Porque, según ya hemos visto más arriba, en el momento de la ejecución, la autoridad judicial no podría suplir la renuncia del cónyuge que no quiere efectuarla. Y ello dados los propios términos en que la Compilación está actualmente concebida.

La cuestión aparentemente parece conducirnos a un callejón sin salida.

No ha de ser, sin embargo, así realmente. Por mi parte, encuentro dos vías o caminos de solución. Veámoslos:

Una primera vía adecuada de solución sería, a mi juicio, la de la renuncia condicionada, formulada en el instante de la constitución de la garantía hipotecaria.

En el epígrafe IV de este mismo trabajo hemos defendido la posibilidad de esta renuncia condicionada. Nada se opone a ella. El cónyuge titular renuncia a su derecho expectante, pero manifestando que su renuncia queda supeditada a la condición suspensiva del hecho de la ejecución hipotecaria.

La expresión formal escriturada podría ser más o menos la siguiente: «Para caso de ejecución hipotecaria, el cónyuge del deudor (o del hipotecante) renuncia expresamente a su derecho expectante de viudedad sobre la finca hipotecada.»

Esta renuncia no puede decirse que sea actual, ya que queda supeditada a un hecho posterior incierto, cual es la efectiva ejecución de la hipoteca.

Si esta ejecución llega, la renuncia formulada por el titular del expectante en el momento de la constitución hipotecaria surtirá plenos efectos jurídicos, pero desde el momento mismo de dicha ejecución y no antes.

Por el contrario, si no se llega a la ejecución, la renuncia al expectante carecerá de todo valor y eficacia. Habrá desaparecido la causa que podría haber determinado su nacimiento.

Esta es, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la solución que, a mi juicio, ofrece mayores garantías, y por creerlo así la vengo utilizando normalmente en mi despacho en la autorización de escrituras de constitución de hipotecas sobre bienes de personas sujetas al Derecho foral aragonés y sobre los que exista derecho expectante de viudedad.

Una segunda vía utilizaría la promesa de renuncia como medio de atajar el conflicto. En el momento de la constitución de la hipoteca comparecería el titular del expectante para prometer su renuncia a éste, caso de llegarse a la ejecución.

En principio, esta promesa sería perfectamente válida y acomodada a Derecho. Sin embargo, su futura realización práctica chocaría con el grave problema del cumplimiento forzoso de la promesa, caso de resistencia al cumplimiento por parte del titular del expectante.

Ya hemos aludido antes a este problema, y hemos llegado a la conclusión de que la autoridad judicial no podría de ninguna manera acudir al cumplimiento efectivo por sustitución, pues esta renuncia subsidiaria ha desaparecido de nuestro Ordenamiento jurídico, considerándose el hecho de la renuncia al expectante como un acto de carácter estrictamente personal por parte de su titular.

Por ello, insisto, me parece que la primera solución propuesta es la más adecuada y la que mayores garantías ofrece.

Y no creo que el hecho de que la constitución de la hipoteca sea simultánea al negocio de adquisición de los bienes desvirtúe en modo alguno los criterios expuestos.

Y digo ello con especial referencia a la nueva doctrina dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968.

En ambas se trataba de supuestos en los que el marido adquiriría determinados inmuebles para la sociedad conyugal, y al mismo tiempo constituía hipoteca sobre ellos en garantía del precio aplazado de la compra.

Ante la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir estas escrituras si no mediaba previamente el consentimiento de la mujer del

comprador en lo concerniente a la constitución del gravamen, el Centro Directivo en ambas ocasiones rectificó la nota del Registrador afirmando que en estos casos no es necesario el consentimiento de la mujer «dado que el negocio concluido entra dentro de la categoría de los negocios complejos de naturaleza unitaria, porque entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al parecer, fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas, que confluyen en un único negocio, que es resultado de las variadas causas que en él concurren, lo que trae como consecuencia que no pueda escindirse en los dos negocios que lo forman y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, que es la compraventa».

Con ello, la Dirección General venía a sancionar el criterio ya defendido por CÁMARA y LACRUZ BERDEJO. Decía éste textualmente que «por faltar el elemento económico de la *disposición* deben entenderse exentas de la exigencia del artículo 1.413, 1.º, las constituciones de hipoteca sobre un inmueble en el acto de adquirirlo por compra y en garantía del precio aplazado..., porque económicamente la operación equivale a la adquisición del inmueble con el correspondiente gravamen» (32 bis).

Criterio éste que, aunque no del todo pacífico y exento de crítica, parece que va siendo admitido en la mayor parte de las Notarías.

Y como lógica consecuencia, la no exigencia del consentimiento de la mujer cuando el marido compra un inmueble ya hipotecado, subrogándose en el gravamen, con el correspondiente descuento de su principal como parte del precio de la compra.

Pues bien, en ambos supuestos he podido advertir que en la mayor parte de los despachos notariales aragoneses, donde ha cuajado plenamente este criterio doctrinal y jurisprudencial, no se exige la comparecencia de la mujer de quien compra un inmueble ya hipotecado o que lo hipoteca en el mismo acto de la adquisición.

Partiendo de la base de admitir como válida la doctrina recientemente emanada de la Dirección General, en el sentido expuesto, la postura de estos compañeros parece correcta, pero sólo en cuanto concierne a la normativa de los actos dispositivos del marido y en relación con los artículos 1.413 del Código civil y 51 de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón.

Sin embargo, al actuar así algunos Notarios en Aragón presiento que

(32 bis) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y MANUEL ALBALADEJO, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Edit. Bosch, Barcelona, 1963, pág. 536.

están obrando con criterios exclusivos de Derecho común, olvidando la específica normativa de Derecho privado vigente en esta región.

En efecto, y como venimos insistiendo a lo largo del presente epígrafe, al ser la renuncia al derecho expectante un acto personalísimo de su titular, no susceptible de sustitución por la autoridad judicial, si en el momento de la posible ejecución hipotecaria alguno de los cónyuges niega la renuncia a su derecho expectante sobre los bienes embargados, éstos, no me cabe la menor duda, pasarán al nuevo adquirente con la carga del expectante y, en su caso, con la del efectivo derecho de usufructo viudal.

Y ello es válido no sólo para los actos de simple constitución hipotecaria por parte de uno de los cónyuges, sino también para aquellos otros actos complejos de compra y gravamen a que se referían las antes citadas resoluciones, e igualmente, por la misma razón, para los casos de adquisición de inmuebles con subrogación de la hipoteca que los grave.

A los efectos del derecho expectante de viudedad no veo ninguna diferencia entre unos y otros supuestos.

Por ello, insisto, para todos estos casos, ya se trate de simple constitución hipotecaria, de negocio complejo de compra y gravamen o de adquisición con aceptación de la hipoteca, si queremos que en el hipotético momento de la ejecución hipotecaria el rematante de los bienes no los adquiera con la carga del expectante, debemos acudir *en origen* a la renuncia condicionada de este derecho por parte de su titular (o de ambos cónyuges cuando se trate de bienes consorciales), en la forma a que ya me refería más arriba.

IX. LA RESERVA DEL DERECHO EXPECTANTE

Ligado con la cuestión tratada en el epígrafe anterior, pero válido también para cualquier otro supuesto de disposición o enajenación de bienes afectos al derecho expectante de viudedad, está el tema de la reserva del mismo.

Se trata de los supuestos en que enajenando un cónyuge un bien de su propiedad, no comparece en la escritura su consorte para renunciar al derecho expectante. Se duda de si es o no necesario que en el documento público se haga constar esa circunstancia de la no comparecencia del titular del expectante, y si la no mención de ello supone o no pérdida de éste, especialmente cuando se trata de documentos que tienen acceso al Registro de la Propiedad.

Existen dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros

y del Notariado en las que el citado Centro Directivo determinó el criterio de la necesidad de la reserva expresa como medio de conservar el expectante no renunciado.

La primera, de 25 de septiembre de 1925, dice en sus considerandos:

«... Ha de tratarse en el presente caso de buscar una solución que armonice la reserva del derecho eventual correspondiente a la mujer (*remanet jus uxoris salvum*) con la publicidad hipotecaria y la necesidad de liberar a los terceros adquirentes de una fatigosa investigación de antecedentes, que sobre resultar mal reflejados en los Registros, siempre se prestarían a dudas y confusiones por la incertidumbre de la vecindad civil de los cónyuges.»

Y continúa: «... La solución más adecuada del problema se encuentra en una interpretación correcta del artículo 272 del Reglamento Notarial, cuyo segundo párrafo ordena a los Notarios que consignen en el documento aquellas advertencias que requieran contestación inmediata de uno de los comparecientes, y aquellas otras de importancia que, a su juicio, deban detallarse expresamente, bien para mejor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario.»

Y terminaba confirmando el Auto de la Audiencia, el cual, a su vez, era confirmatorio de la nota del Registrador, y ésta denegaba la inscripción de una escritura de venta de un bien del marido sin comparecencia de la mujer para renunciar al derecho expectante, nota que concluía diciendo: «... Ni en ella (en la escritura) se hace la debida reserva de aquel derecho expectante a su favor, como es procedente si ha de tener eficacia lo que sobre el particular se establece en algunos de los Fueros y Observancias para garantía del mismo, única forma de que la reserva pueda mencionarse en la inscripción y producir efecto con respecto a terceros adquirentes de la finca.»

La segunda de dichas Resoluciones, de 11 de julio de 1929, resolvía un supuesto precisamente de hipoteca de bienes sujetos al derecho expectante sin haber comparecido en la escritura de gravamen el cónyuge del hipotecante. Declaraba la no inscribibilidad de esta escritura por no haberse hecho expresa reserva del derecho expectante, afirmando que «la *salvaguardia explícita* del derecho de viudedad correspondiente a la mujer no significa constitución y reconocimiento de tal situación jurídica, sino una mera consignación de la posible existencia de un derecho y una advertencia hecha a los terceros adquirentes para que no puedan apoyarse en el principio de publicidad hipotecaria y negarse a sufrir la repercusión legal de la prevista viudedad sobre su propio patrimonio».

De soluciones arbitrarias califica SANCHO REBULLIDA a las dadas por estas dos Resoluciones (33).

Cita este autor a PELAYO HORE, quien distingue entre la *publicidad registral* y la *publicidad legal*. Esta última se sobrepone—dice—a la primera. Y afirma del derecho expectante de viudedad que goza de una cierta publicidad legal, en el sentido de que puede ser opuesto a terceros, aun sin mención ni reserva expresa del mismo. Por lo significativo en esta materia, y en especial por su relación con modernas disposiciones de corte similar en sus principios, transcribimos seguidamente las conclusiones a que dicho autor llega, estableciendo el siguiente cuadro de presunciones:

«1.^a En las enajenaciones o gravámenes de bienes realizados por un cónyuge sin renuncia ni consentimiento del otro, hay lugar a presunción favorable a la viudedad foral en cualquiera de las siguientes hipótesis:

«a) Cuando la finca está sita en Aragón.

«b) Independientemente de la situación de las fincas, cuando el cónyuge disponente comparezca ostentando la condición de aragonés o la de vecino de cualquier localidad aragonesa.

«c) Cuando expresamente se reserve tal derecho o conste en el documento la advertencia de su posibilidad.

«Contra la presunción se admitirá la prueba de que el cónyuge favorecido por la viudedad no era aragonés al tiempo del acto dispositivo.

«2.^a La enajenación o gravamen de inmueble en el Registro de la Propiedad hecha por cónyuge aragonés da lugar a la presunción contraria al usufructo foral cuando se trate de finca sita fuera de Aragón, el cónyuge disponente no haya comparecido ostentando condición de aragonés ni de vecindado en localidad aragonesa y no conste en el documento reserva o advertencia favorable al usufructo.

«Contra dicha presunción no cabe más prueba que la de que el adquirente conocía la condición de aragonés del cónyuge del disponente.

«En último término—concluía el autor—, parece indudable que el cónyuge que por aplicación de la anterior presunción se vea privado de su viudedad foral tendrá derecho a entablar contra el otro cónyuge o contra sus herederos la oportuna reclamación de daños y perjuicios, por aplicación del principio general del artículo 1.902 del Código» (34).

Es curioso advertir cómo treinta y un años después de expresadas las transcritas opiniones, el legislador de nuestros días ha recogido y plasmado los criterios que las sustentan, casi de forma idéntica, en la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil.

(33) *Op. cit.*, pág. 68.

(34) *Vid. SANCHO REBULLIDA, op. cit.*, págs. 69 y ss.

Prescindiendo ahora de esta cuestión, me interesa destacar especialmente aquí el criterio general existente en el Ordenamiento aragonés favorable a admitir cierta *publicidad legal*, oponible incluso a la registral, respecto del derecho expectante de viudedad.

Publicidad que, como veíamos apuntaba SANCHO REBULLIDA, hace que no sea necesario una expresa reserva del mismo en la escritura de enajenación para que el cónyuge titular del expectante lo conserve en toda su integridad.

Cierto que, como decía la Resolución primeramente transcrita, de 25 de septiembre de 1925, lo mejor en esta materia es que, a la vista de una transmisión de bienes de personas sujetas al Derecho foral aragonés, si el Notario considera necesaria la comparecencia del cónyuge del transmitente para renunciar a su derecho expectante, si no comparece lo advierta así al adquirente, haciéndole saber las consecuencias que la no renuncia puede acarrearle. Y si, no obstante, las partes insisten en el otorgamiento, autorizar la escritura una vez hecha explícitamente dicha reserva, o mejor, advertencia.

No obstante, si en algún caso el Notario no hiciese dicha advertencia, estimo que lo único que sucedería es que el fedatario habría incurrido en una falta reglamentaria, pero no por ello debería considerarse extinguido el derecho expectante.

La publicidad legal de que el mismo goza determina su no desaparición, pese a no ser expresamente reservado en la escritura de transmisión.

Existen varios argumentos de índole legal que apoyan este aserto.

El primero de ellos, el derivado de la propia dicción del artículo 76, 2, de la vigente Compilación de Aragón («el derecho no se extingue o menoscaba...»). En ella no se distingue si en la enajenación se hace o no especial reserva del expectante. Lo único que dice, y es texto de ley, que si en la transmisión no se hace expresa renuncia, el derecho expectante ni se extingue ni se menoscaba.

Otro argumento muy interesante lo encontramos hoy en el artículo 16, 2, del nuevo Título Preliminar del Código, al que ya hemos hecho alguna referencia a lo largo de este trabajo.

En él, al recogerse, como también decíamos, la tesis de PELAYO HORE, se afirma que «el derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente».

De lo que se deduce, a *sensu contrario*, que si alguna de dichas circunstancias no se dan, el derecho expectante sí que podrá oponerse al nuevo

adquirente de los bienes y aun sin haberse hecho expresa reserva en la escritura.

Tales supuestos de oponibilidad serán, pues, sintetizados, los siguientes:

1.º Si la transmisión es lucrativa o gratuita, cualquiera que sea el lugar donde radiquen los bienes o aquel en que se celebre el contrato.

2.º Si por parte del adquirente a título oneroso no existe la buena fe. Buena fe consistente en desconocer absolutamente la condición civil del transmitente o de su cónyuge y la posibilidad de que exista el derecho expectante de viudedad.

3.º Que los bienes radiquen en territorio de Aragón, cualquiera que sea el lugar donde el contrato se celebre.

4.º Que el contrato se celebre en territorio aragonés, aunque los bienes radiquen fuera de éste.

5.º Que se haga constar en la escritura el régimen económico matrimonial del transmitente. Constatación que tanto podrá ser hecha por el propio transmitente, por el adquirente o por el mismo Notario si lo conoce. Pienso que la advertencia notarial de la posibilidad de existencia de derecho expectante de viudedad equivale a esa constatación del régimen matrimonial.

Concluyendo: si en los casos citados por el nuevo artículo 16, 2, del Código civil el derecho expectante no puede oponerse al nuevo adquirente, a *sensu contrario*, como decimos, sí que podrá oponerse ese derecho en los demás supuestos, aun cuando en la escritura de transmisión no se haga especial reserva o advertencia. Y ello por consecuencia de esa publicidad legal de que goza, y a la que antes nos referíamos.

X. LA RENUNCIA EN LA PARTICION DE HERENCIA

Volviendo al tema de los dudosos negocios jurídicos, en los que es o no necesaria renuncia expresa al derecho expectante de viudedad, nos enfrentamos ahora con la partición de herencia, especialmente la practicada por los propios herederos.

En dichos supuestos, ¿es necesaria la renuncia al derecho expectante de viudedad por parte del cónyuge de cada uno de los herederos y respecto de los bienes no adjudicados a su consorte en la división efectuada?

Estimo que la solución a este problema debe encontrarse en la misma naturaleza jurídica del acto de partición de herencia.

Conocidos son los diferentes criterios que en este punto han impedido a lo largo de la historia en los distintos Ordenamientos jurídicos.

En el Derecho romano, la partición de herencia tenía un carácter eminentemente traslativo. Los herederos traían causa directamente del causante en lo concerniente a la herencia en general, a las cuotas indivisas que sobre los bienes hereditarios tenían. Sin embargo, practicada la división, se entendía como si cada uno de los herederos hubiera transmitido a los demás sus cuotas sobre los bienes que en la partición no le hubieran correspondido.

En el Código civil napoleónico se atribuye al acto de partición de herencia carácter exclusivamente declarativo. Los herederos traen causa directamente del causante, sin que nada reciban de los demás partícipes al realizarse la división de la herencia.

En nuestro Derecho se han defendido ambos criterios, al no existir un precepto legislativo claro y determinante que viniera a resolver el problema y sí algunos que, por el contrario, tendían a oscurecerlo.

Prescindiendo de otras consideraciones al respecto, parece hoy predominante la tesis de MARTÍN LÓPEZ, en el sentido de dar a la partición de herencia carácter predominantemente especificativo. A su juicio, la partición hereditaria no es traslativa ni declarativa, pues se limita a disolver un estado de comunidad reemplazándole por otro de absoluta precisión, en cuanto al objeto, y de absoluta libertad, en cuanto al ejercicio del derecho, siendo, en consecuencia, la partición de herencia, tanto por su carácter como por sus efectos, determinativa o especificativa de derechos (35).

El profesor LACRUZ BERDEJO concreta y puntualiza más esta doctrina distinguiendo entre la función de la partición en el total proceso sucesorio (los herederos respecto al causante) y en la comunidad hereditaria (cada coheredero respecto a los demás). «En el primer aspecto—dice—, como acto complementario de la delación, cumple, juntamente con ella—completándola—, función traslativa. Y sólo en este sentido le asigna tal naturaleza la jurisprudencia. Pero en el segundo aspecto, en sí misma considerada, como negocio jurídico que pone fin a la comunidad, su naturaleza determinativa parece evidente por las razones que expone MARTÍN LÓPEZ (36).

De esta suerte, y de acuerdo con tales posturas doctrinales, a las que me adhiero plenamente, parece deducirse algo con meridiana claridad: el hecho de que en toda partición de herencia, entre los herederos intervinientes no se produce acto alguno de enajenación. Los herederos reciben del causante una titularidad indivisa sobre los bienes que integran el as

(35) *Carácter y efectos de la partición de herencia*, en «Revista de Derecho Privado», 1936, págs. 81 y ss.

(36) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 1961, pág. 465.

hereditario. Si se quiere, esta titularidad es una suerte de comunidad romana o por cuotas. Cada uno de los herederos dispone a su favor de una cuota indivisa sobre los bienes hereditarios. Sin embargo, cuando la partición es realizada no se produce ninguna recíproca transmisión de cuotas de unos herederos a otros. Lo que hay solamente es una especificación, concretando la antes indeterminada titularidad hereditaria, sobre unos bienes concretos.

Es como si su titularidad no hubiera existido nunca sobre los demás bienes de la herencia, sino sólo sobre aquel o aquellos que le han correspondido en la partición verificada.

En consecuencia, como quiera que el derecho expectante está y va siempre subordinado al de propiedad del otro cónyuge, resulta que si éste, el heredero, no ha tenido nunca titularidad dominical alguna sobre los otros bienes que han sido adjudicados a los demás herederos, ni en todo ni en parte, ni siquiera por cuotas, tampoco su consorte ha podido tener derecho expectante de viudedad sobre esos bienes de que su cónyuge no ha resultado adjudicatario en la partición.

Y si nada ha tenido, nada tiene que renunciar.

Cierto apoyo a todo lo que aquí se está diciendo lo podemos encontrar en las propias normas fiscales. Estas son, en general, sumamente orientadoras en muchos puntos dudosos del Derecho sustantivo no porque influyan sobre éste, sino, al contrario, porque tales normas suelen ser un fiel reflejo de los principios sustantivos que rigen los actos y negocios que ellas están llamadas a fiscalizar tributariamente.

Pues bien, si en la partición hereditaria hubiera recíprocas transmisiones de unos herederos para con otros, no cabe la menor duda de que Hacienda liquidaría tales transferencias por el tipo-correspondiente, bien como transmisiones onerosas, bien como transmisiones lucrativas. Si no lo hace es porque, consecuentemente con los principios en que está basado nuestro Ordenamiento jurídico, entiende que en la partición de herencia se trata solamente de especificar titularidades sobre bienes concretos con una única causa de adquisición, que es la derivada del fallecimiento del causante.

Un caso especial puede surgir cuando en esas particiones hereditarias existen excesos de adjudicación a favor de unos y en contra de otros de los herederos interesados.

Volviendo a las normas fiscales, vemos claramente cómo en estos casos Hacienda suele cobrar un impuesto suplementario al de herencia, el de exceso de adjudicación, con aplicación del tipo impositivo correspondiente a las transmisiones onerosas *inter vivos*.

En efecto, desde el punto de vista civil puede pensarse también que cuando un heredero recibe más de lo que corresponde a su cuota heredi-

W. B. 47

taria es que ha verificado una adquisición de los demás herederos en cuanto a ese «plus», bien sea onerosa (si ha habido efectivamente compensación dineraria entre ellos), bien sea lucrativa (si tal compensación no existe).

En estos casos sí que cabría pensar que el cónyuge del heredero que no recibe todo ha llegado a ostentar cierto derecho expectante sobre la porción que de menos recibe su consorte, el cual debe ser entonces renunciado si se quiere que la porción que de más recibe el otro heredero la obtenga libre del gravamen que representa el derecho expectante de viudedad.

En la práctica no será fácil, desde luego, para el Notario averiguar y saber con entera certeza si esos excesos de adjudicación se están produciendo o, por el contrario, la partición es igualitaria, o mejor dicho, proporcional a las cuotas de cada uno de los herederos, recibidas directamente de su causante.

Quizá sólo en aquellos casos en que la herencia consista en una sola finca, y ésta se divida en partes igualmente proporcionales a las cuotas de los herederos, podrá pensarse que la partición ha mantenido esa igualdad o proporcionalidad. Y aun en estos casos puede haber dudas.

Por eso estimo que, aun cuando en buenos principios jurídicos, la renuncia al derecho expectante por parte de cada uno de los cónyuges de los herederos no debe exigirse, sin embargo, como cuestión práctica, siempre que el Notario tenga la mínima duda acerca de un posible exceso de adjudicación deberá exigir que comparezcan tales cónyuges para renunciar a sus respectivos derechos expectantes.

Hay algunos casos en donde lo que resulta verdaderamente claro es que existe exceso de adjudicación con mucha diferencia a favor de algunos herederos y en perjuicio de otros. En ellos estimo que lo ortodoxo será que se haga renunciar a sus derechos expectantes a los cónyuges de los herederos que reciben menos, pero no a los de los que reciben más.

Por otro lado, cuando la partición ha sido hecha ya por los causantes en su testamento y los herederos la respetan en su integridad, no es entonces necesaria renuncia alguna a derechos expectantes, por cuanto ningún exceso se puede producir, ya que el único título válido de adquisición es el testamento, aunque establezca desigualdades cuantitativas o cualitativas entre los causahabientes.

Lo mismo puede decirse cuando la partición es realizada por contador partidor con amplias facultades de actuación o con facultades estrictamente señaladas por el causante y las cumplen, porque en todos estos casos el contador actúa como si fuera una especie de delegado del o de los causantes.

E igualmente si la partición es verificada por la autoridad judicial, dadas las garantías de objetividad y legalidad que cabe presumir en toda actuación judicial.

Más dudoso, sin embargo, cuando es realizada por árbitros.

XI. LA RENUNCIA EN LA DIVISION DE COMUNIDAD

Prácticamente lo mismo dicho acerca de la partición hereditaria puede afirmarse también de la división de una comunidad ordinaria, romana o por cuotas, de las reguladas por los artículos 392 y siguientes del Código civil.

En ella puede decirse que el único título por el que cada uno de los comuneros recibe su parte en la división es el mismo por el que la comunidad adquirió en su día.

De las propias normas del Código civil reguladoras de la comunidad ordinaria parece deducirse este mismo criterio. Así, su artículo 450, al tratar de la división, determina que «cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión».

Interpretando este precepto afirma PUIG BRUTAU que, «sin duda, hay que atribuir efectos retroactivos a las adjudicaciones resultantes de la partición, como si ésta se limitase a declarar el derecho de cada titular sobre una cosa separada y adquirido no al terminar, sino ya al comenzar la copropiedad» (37).

Parece lógico pensar que en toda división de comunidad no existe ninguna suerte de recíproca transmisión de cuotas entre los comuneros, sino, al igual que en la partición hereditaria, una especificación o determinación de la titularidad inicialmente abstracta, o mejor, inconcreta, sobre bienes ahora ya determinados.

Aquí puede darse por reproducido todo lo que en el epígrafe anterior decíamos acerca de la actuación de las normas fiscales y de los excesos de adjudicación.

(37) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1973, pág. 40.

XII. LA ADJUDICACION EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Nos queremos referir en este punto a un supuesto que empieza a ser bastante frecuente en el tráfico jurídico de nuestros días.

Es el caso de que varias personas adquieran conjuntamente y proindiviso (con cuotas iguales o distintas) un solar sobre el que levanten un edificio de viviendas, constituyéndose en régimen de propiedad horizontal tras la declaración conjunta de la obra nueva, y procedan después, como acto último, a adjudicarse los diferentes elementos privativos en proporción a sus respectivas cuotas.

Este es un supuesto que, a mi juicio, no varía esencialmente del supuesto en el apartado anterior, a propósito de la comunidad ordinaria.

La indivisión que los diferentes interesados tienen primero sobre el solar, y después sobre el edificio todo, es precisamente un claro supuesto de comunidad ordinaria o por cuotas.

La constitución del régimen de propiedad horizontal no parece que venga a alterar sustancialmente esta concepción.

Las posteriores adjudicaciones que de los diferentes departamentos hagan los copropietarios en proporción a sus respectivas cuotas, entiendo que no es sino un supuesto de disolución parcial de la comunidad previamente formada. Disolución parcial en cuanto afecta exclusivamente a los departamentos (viviendas o locales), manteniéndose inalterada la comunidad sobre los demás elementos aparte de los mencionados departamentos.

Entonces si tampoco aquí se produce ningún especial acto de enajenación (suponiendo que los departamentos adjudicados respondan por su valor a las cuotas de cada uno de los cotitulares), no veo la necesidad de que los cónyuges de los comuneros comparezcan en el acto divisorio para renunciar a unos derechos expectantes de viudedad que realmente no han llegado a existir (38).

(38) Precisamente en estos supuestos la ausencia de excesos de cabida y la realización de adjudicaciones proporcionales a las cuotas de los diferentes comuneros aparece con mucho mayor claridad. Porque, normalmente, cuando varias personas adquieren un solar conjuntamente suelen saber ya de antemano los elementos que en el nuevo edificio se adjudicará cada uno. Y por ello al determinar la proporción en que cada uno adquiere el solar, lo usual y prudente es que lo hagan con la misma proporcionalidad con que luego se adjudicarán los pisos o locales del edificio a construir. Y como éstos tendrán unas cuotas asignadas (normalmente en relación con su extensión y valor) en el régimen horizontal, tales cuotas coincidirán con aquéllas que en la adquisición del terreno se adjudicaron cada uno de los comuneros.

Y buena prueba de ello es que a la hora de liquidar de impuestos estas escri-

Hay otro supuesto todavía más interesante y que también está empezando a ser utilizado con frecuencia en la práctica jurídica de nuestro tiempo.

Varias personas, propietarias independientes de chalets o parcelas levantados sobre terrenos de su respectiva propiedad, pero todos ellos próximos y colindantes, dentro de una misma área (sin existencia previa de urbanización particular), desean constituirse en régimen de propiedad horizontal con la finalidad de orientar y resolver mejor sus relaciones comunitarias.

Incidentalmente podemos decir que es éste un supuesto que viene a demostrar el hecho de que la propiedad horizontal no tiene por qué partir siempre de una previa comunidad. La propiedad horizontal es una comunidad, pero su origen no surge siempre de una comunidad (como es el supuesto normal).

La forma de erigirse en propiedad horizontal en el caso propuesto sería el de aportar una serie de elementos que pasarían a tener la consideración entonces de comunes (todos los jardines o parte de ellos para hacer una zona de recreo común, vallas y tapias, caminos y servidumbres, de todo tipo, etc.), manteniendo cada uno de los interesados su respectiva titularidad individual del chalet, vivienda o parcela.

Pero aun incluso cabe pensar en la formación de esa propiedad horizontal sin efectiva aportación de elemento alguno. Tal sería el caso en que cada uno de los interesados conservara con absoluta independencia la propiedad de toda su parcela, pero interesara la comunidad horizontal con la finalidad de atender a otros intereses, como, por ejemplo, nombramiento de un guarda o portero común, instalación futura de tendido eléctrico o telefónico, toma común de aguas de un mismo cauce. Todo ello determinaría una serie de elementos comunes, pero no en el momento de la constitución del régimen de propiedad horizontal, sino *a posteriori*.

Sin embargo, ni en uno ni en otro caso es necesaria la renuncia a sus expectantes de viudedad por parte de los cónyuges de los aportantes nuevos comuneros. En el segundo de los propuestos, porque no existe ninguna real transmisión en el instante de la constitución del nuevo régimen; en el primero, porque aun cuando existe, esa transferencia no tiene lugar con respecto a un tercero, sino que se trata simplemente de una transferencia patrimonial, de un patrimonio a otro, de cada uno de los patrimonios privativos de los interesados a un patrimonio común. Renunciar en este supuesto a los posibles derechos expectantes no tendría

turas. Hacienda suele admitir, sin mayores comprobaciones, esa proporcionalidad de adjudicaciones de los nuevos elementos, sin aplicar liquidación por excesos de adjudicación si las cuotas de los pisos o locales coinciden con las originariamente establecidas en la adquisición del solar.

sentido, por cuanto al formarse la comunidad se volvería a adquirir el derecho expectante. Por eso, en este caso, más que de una pérdida, extinción o renuncia del derecho expectante, de lo que se trata es de una *conversión* del mismo, en el sentido que de ser antes concreto, al afectar a un bien determinado, pasa ahora a volverse abstracto, por venir a afectar solamente a una cuota de participación indivisa en la comunidad.

Para terminar, hay otro supuesto muy interesante que últimamente he venido utilizando con éxito en mi Notaría, el cual guarda estrecha relación con el tema de que tratamos en el presente epígrafe.

Se trata del caso en que varias personas adquieren por separado diferentes y sucesivos derechos de vuelo sobre un mismo edificio—tanto en vertical como en horizontal—, declaran después sus respectivas obras nuevas y, por fin, se constituyen en régimen de propiedad horizontal.

En este supuesto, el tema de la renuncia a posibles derechos expectantes de viudedad tiene la misma solución que en el caso anteriormente planteado. No habrá necesidad de renuncia alguna porque o bien no existe transmisión a la comunidad de ningún elemento patrimonial o bien, si hay transferencia, se producirá la *conversión* de los derechos expectantes, a que antes hacíamos referencia.

JOSÉ LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ

Doctor en Derecho
Notario

NOTAS

Q

ACERCA DE SI A LAS TRANSMISIONES ONEROSAS DE LOS ASCENDIENTES A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES SE LES APLICA O NO LA NORMA FISCAL DE ACUMULACION DE BASES DE LOS ARTICULOS 63 Y 46 DEL TEXTO REFUNDIDO

Recordemos primero los diferentes artículos objeto de este estudio:

«*Artículo 74.*—Las transmisiones onerosas de bienes y derechos otorgadas por los ascendientes a favor de sus descendientes (*) se liquidarán por el número correspondiente de la Tarifa del Impuesto General sobre las Sucesiones, si las cuotas resultantes fueren superiores a las derivadas de la aplicación del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.»

«*Artículo 63, número 3.º*—Las donaciones que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del Impuesto, determinándose los tipos aplicables en función de la suma de todas las bases liquidables.»

«*Artículo 46.*—Las donaciones a que se refiere el artículo 63 serán acumulables a la sucesión que se cause por el donante a favor del donatario, siempre que el plazo que medie entre ésta y aquéllas no exceda de tres años, y se considerarán, a los efectos de determinar el tipo aplicable, como una sola adquisición.»

A la vista de estos artículos, nos preguntamos: ¿Cabe aplicar combinadamente todos ellos acumulando las bases de una transmisión onerosa y de una donación o herencia sucesivas? ¿Cabe acumular las bases de varias transmisiones onerosas sucesivas?

En nuestra opinión, hay que distinguir con separación estos supuestos:

(*) En relación con el problema de si el artículo 74 comprende o no a los descendientes por afinidad, puede verse el comentario que hicimos con motivo de la Resolución TEAP de 20 de febrero de 1975 en el número 516 de esta Revista.

- a) Acumulación de donaciones y transmisiones onerosas.
- b) Acumulación de transmisión onerosa a la base de la herencia
- c) Acumulación de transmisiones onerosas entre sí.

A) *Sobre si son o no acumulables las bases de donación y transmisión onerosa sucesiva otorgadas entre los mismos interesados dentro del plazo de tres años.*—Nosotros entendemos que no, pues se trata de negocios diferentes desde el punto de vista civil o sustantivo y de hechos imponible también distintos desde el punto de vista fiscal, diferenciación de naturaleza que constituye un fuerte obstáculo para cualquier intento de acumulación de bases.

Desde el punto de vista civil, es evidente que mientras no se pruebe la simulación de la compraventa, ésta ha de considerarse como tal negocio oneroso, con todos efectos peculiares distintos de los de la donación. No hay que colacionar el bien adquirido, ni se aplica la reversión del artículo 812, ni las causas de revocación de las donaciones, sin olvidar tampoco que, desde el punto de vista registral, la inscripción tiene específicas normas relativas a los bienes gananciales. Por tanto, desde esta primera perspectiva, la acumulación de bases de la donación y la transmisión onerosa resulta totalmente artificiosa y sin fundamento alguno, perspectiva que también ha de tenerse en cuenta, dado lo dispuesto en el artículo 7.º del Texto Refundido, que alude a la «verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable»; y esa naturaleza jurídica hay que desdoblarla en este caso en dos negocios distintos, uno oneroso y otro gratuito, mientras no se pruebe la simulación.

Pero es que desde una perspectiva exclusivamente fiscal, y esto es más decisivo, no se encuentra base legal en el Texto Refundido para realizar tal acumulación. Si el legislador hubiera establecido en el artículo 74 del Texto que las transmisiones onerosas de las que se ocupa *se presumirá* que son transmisiones lucrativas, entonces habría un argumento para aplicar la norma acumulativa del número 3.º del artículo 63 en relación con donaciones anteriores o posteriores, pues el prototipo de las transmisiones lucrativas es la donación. Pero en el artículo 74 no hay rastro de ninguna presunción de transmisión lucrativa; sólo existe la declaración de que tales transmisiones *onerosas* «se liquidarán por el número correspondiente de la Tarifa del Impuesto General sobre Sucesiones», y no siempre, sino sólo cuando por dicha Tarifa se obtengan cuotas superiores a las de la Tarifa de Transmisiones.

Además, el artículo 74 está incluido en el capítulo de las «normas especiales» del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y si a ello se une que en Derecho Fiscal está vedada la aplicación analógica del hecho

imponible, se comprenderá que no es posible aplicar la norma acumulativa del artículo 63, que se refiere únicamente a las donaciones.

Por otro lado, para comprobar que el artículo 74 no contempla una presunción de transmisión lucrativa (*), no hay más que acudir al artículo 64 del mismo Texto, que es el precepto específico en que el legislador ha recogido los casos en que se presume la existencia de transmisión lucrativa. Se observará que ninguno de esos casos es el del artículo 74, ni en éste hay ninguna referencia al 64. Si el legislador fiscal ha dedicado un artículo específico a los casos en que presume la existencia de transmisión lucrativa y no hace ninguna referencia al artículo 74, no sólo no hay base para presumir transmisión lucrativa, sino todo lo contrario: hay base legal para no presumirla, interpretando *a sensu contrario* el repetido artículo 64.

Ahora bien, se nos podría decir que, aunque ni en el artículo 74 ni en el 64 aparece expresamente la idea de presunción de transmisión lucrativa respecto a tales transmisiones onerosas, sin embargo, ella va implícita en la *ratio* del artículo 74. Pero si se afirmase esto, entonces contestaríamos que se trata de una hipotética suposición, frente a los textos claros que nosotros hemos apuntado. No cabe afirmar de modo concluyente que la *ratio* del artículo 74 es establecer una presunción de transmisión lucrativa, ya que la *ratio* de un precepto legal no puede llegar a un punto tan concreto y preciso como es el de la técnica de la presunción. Queremos decir que la *ratio* del artículo 74 podrá ser la idea genérica de evitar el fraude fiscal de los tipos de Sucesiones en supuestos en que es probable que no haya existido negocio oneroso. Pero la idea genérica de evitar el fraude fiscal puede concretarla el legislador en el texto legal de varias maneras: o estableciendo presunciones de transmisión lucrativa (como ha hecho, por ejemplo, en el art. 64), o exigiendo una doble liquidación (como ha hecho, excediéndose, sin duda, en el art. 76 a propósito de la consolidación del dominio), o simplemente conformándose con la aplicación de los tipos de Sucesiones cuando la cuota obtenida sea superior, pero sin establecer presunción alguna, respetando la naturaleza «onerosa» del acto a otros efectos distintos de los de aplicación de la Tarifa. Esto último es lo que se desprende de la norma especial del artículo 74, en comparación con el 64.

Por tanto, rechazamos cualquier pretendida *ratio* en este punto tan concreto y preciso como es la técnica de la presunción, que debería aparecer en el texto legal de modo expreso.

(*) En el citado comentario a la resolución de 20 de febrero de 1975 (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 516) se nos escaparon frases acerca de la presunción de transmisión lucrativa, que deben considerarse superadas por lo que decimos en este trabajo, donde nos planteamos más a fondo el problema.

Todavía más: si se dijera que el artículo 74 responde a una implícita presunción de transmisión lucrativa, a lo más que se podría llegar por ese camino es a tal presunción *sólo en el caso* de que la cuota obtenida por la Tarifa de Sucesiones fuese superior a la de Transmisiones, pero no siempre, pues no se explicaría la posibilidad de aplicar el tipo de compraventa a un supuesto de transmisión lucrativa. Pero esa duplicidad de situaciones, único punto al que cabe llegar (presunción de transmisión lucrativa en ciertos casos, y transmisión onerosa en otros), tampoco es admisible, pues se deja en el absurdo al legislador, lo que no debe suponerse a efectos interpretativos: ¿por qué, siendo el acto de transmisión el mismo, va a presumir el legislador en unos casos donación y en otros no, sólo por el detalle numérico de la cuantía de la cuota? Es más adecuado pensar, puesto que no hay rastro de presunción en el artículo 74, que éste no presume nunca transmisión lucrativa, sino que se limita a declarar aplicables unos u otros tipos impositivos, dando una norma concreta de liquidación, prescindiendo de la técnica de la presunción, a diferencia de lo que ocurre en los casos del artículo 64.

A continuación pondremos dos ejemplos y la forma de practicar las liquidaciones, para comprobar que la tesis de presumir transmisión lucrativa en unos casos y en otros no, es absurda.

Primer ejemplo.—Imaginemos que dentro de un período de tres años, el padre otorga tres actos sucesivos de transmisión a favor del hijo, por un montante total de 650.000 pesetas de base, distribuidas así:

- Una primera donación cuya base es 50.000 pesetas. Se le aplican los tipos del 3, 4 y 6 por 100, obteniéndose una cuota de 2.400 pesetas.
- Una compraventa posterior cuya base es 50.000 pesetas. En nuestra opinión, el tipo a aplicar es el 8,20 por 100 prescindiendo de toda idea acumulativa de bases, pues, según hemos visto, el artículo 63, 3.º, no se refiere a la acumulación de bases de transmisión onerosa y donación, sino únicamente de donaciones sucesivas entre sí. Ahora bien, la tesis de la presunción de transmisión lucrativa llegaría en este caso al mismo resultado, pues a pesar de la acumulación con la base de la primera donación, la cuota que se obtendría aplicando la Tarifa de Sucesiones resulta inferior a la que se obtiene aplicando el 8,20 por 100 de la Tarifa de Transmisiones. En definitiva, la cuota de la compraventa es 4.100 pesetas.
- Una donación cuya base es 550.000 pesetas. En nuestra opinión, sólo se acumula a la primera donación (art. 63, núm. 3.º), pero no a la compraventa, que es un negocio oneroso que no entra en

el precepto de acumulación de las donaciones. A ese mismo resultado tiene que llegar la otra perspectiva, pues la compraventa anterior fue calificada en su día como negocio oneroso con aplicación incluso del tipo 8,20 por 100, de donde se desprende que el artículo 74 tampoco ofrece en este caso ningún indicio en pro de la acumulación, pues no se presumió de ninguna manera transmisión lucrativa ni es momento adecuado para presumirla *a posteriori* en contra de la primera calificación fiscal. Por tanto, esta segunda donación sólo procede acumularla a la primera, correspondiéndole, en consecuencia, una cuota de 48.000 pesetas ($50.400 - 2.400 = 48.000$).

Contabilizando los tres negocios sucesivos de este primer ejemplo se obtiene una cuota total de 54.500 pesetas, cifra que conviene retener para su comparación con el ejemplo siguiente.

Segundo ejemplo.—Imaginemos ahora el mismo caso de los tres negocios sucesivos, pero siendo la primera donación en el tiempo la de 550.000 pesetas, seguida de la compraventa de 50.000 pesetas y, por último, de la donación de las otras 50.000 pesetas. El montante de los tres actos asciende a la misma base total de 650.000 pesetas. Lo único que varía es el orden de los factores, que no debería alterar el producto.

- La primera donación, la de la base de 550.000 pesetas, se liquida aplicando los tipos del 3, 4, 6, 7, 8, 9 y 10 por 100, obteniéndose la cuota de 45.400 pesetas.
- La compraventa, de base 50.000, no se acumula si se sigue nuestra tesis, ya conocida, con lo cual el tipo aplicable sería el 8,20 por 100, y la cuota, 4.100 pesetas. Ahora bien, es muy probable que quien mantenga que el artículo 74 contempla una presunción de transmisión lucrativa *cuando la cuota de Sucesiones sea superior*, llegue a la conclusión de que en este segundo ejemplo procede acumular la base a la de la anterior donación, con lo que la cuota que se obtendría sería 5.000 pesetas ($50.400 - 45.400 = 5.000$).
- La última donación, o sea, la de 50.000 pesetas de base, procede acumularla, en nuestra opinión, únicamente a la primera donación de 550.000 pesetas, con lo que obtendríamos una cuota de 5.000 pesetas. En cambio, la hipotética opinión contraria que estamos exponiendo acumularía la base de este último acto no sólo a la de la primera donación, sino también a la de la compraventa, aunque la consecuencia en este caso sería la misma: la cuota de la última donación es de 5.000 pesetas.

Se observará que la suma total de cuotas obtenida en este segundo ejemplo varía según las opiniones: a mi parecer, 54.500 pesetas; en cambio, según la tesis acumulativa de las tres bases, la cuota es 55.400 pesetas, o sea, 1.000 pesetas más.

Ahora compárense estas cuotas con las del primer ejemplo: con nuestra tesis se obtiene idéntico resultado en ambos ejemplos; con la tesis contraria, que nos hemos permitido imaginar hipotéticamente, el resultado en uno y otro ejemplo sería distinto.

Pero si esto fuera así, nos preguntaríamos: ¿Cómo puede obtenerse distinta cuota en supuestos idénticos, en los que sólo varía el orden de los factores? Fácilmente se comprobará que no es lógico decir que el artículo 74 contempla una presunción de transmisión lucrativa sólo cuando la cuota de Sucesiones sea superior a la de Transmisiones.

Claro que, puestos a imaginar, podríamos suponer que se nos dijera que estamos exponiendo una hipotética opinión contraria que no tiene ningún fundamento y que es muy fácil de rebatir, y que no hemos contemplado otra posibilidad de solución en esos ejemplos, a saber, que en uno y otro se presume la existencia de transmisión lucrativa en lugar de la compraventa, acumulando la base de éstas a las donaciones, sea cual fuere el orden de los otorgamientos. Ciertamente, con esta tercera solución, ya no se produce el contrasentido de obtener cuotas diferentes en ejemplos de corte idéntico, pero tiene el inconveniente que no hay base ni indicio legal alguno para defenderla, dados los términos del artículo 74. Si hemos apuntado en los ejemplos la otra tesis de la presunción de transmisión lucrativa sólo cuando la cuota de Sucesiones es superior, es porque hemos partido antes que es la única que cabría, a lo sumo, dentro de los términos del artículo 74, pues no se negará que cuando éste mantiene la Tarifa de la transmisión onerosa, por ningún lado puede aparecer la idea de presunción de transmisión lucrativa.

B) *Sobre si son o no acumulables las transmisiones onerosas del artículo 74 a la herencia del transmitente y, en su caso, conforme a qué precepto.*—Si hemos excluido la aplicación del número 3.º del artículo 63 en relación con las donaciones y transmisiones onerosas sucesivas, también tenemos que rechazar la acumulación de bases de la transmisión onerosa del artículo 74 a la herencia del transmitente, si ello se patrocina a la luz del artículo 46, transcrito al principio, pues este precepto se refiere exclusivamente a la acumulación de las donaciones a la herencia del donante y responde a las mismas orientaciones que el artículo 63, al que incluso se remite.

Pero la acumulación de la transmisión onerosa a la herencia del transmitente es posible por otro camino: a través de la integración del bien:

vendido, en la base de la herencia del transmitente, conforme a lo dispuesto en el apartado *a)* del artículo 27 del Texto, que establece la presunción de que los bienes que pertenecieron al causante en el año inmediatamente anterior al fallecimiento y se hallen en poder de persona distinta del heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante, forman parte de la herencia a efectos de la liquidación y pago del impuesto.

Por tanto, la acumulación de la base de la compraventa a la herencia es posible, pero por aplicación de la norma de integración del artículo 27, que responde a una regulación no coincidente con la del artículo 46. Ante todo, el plazo es de un año y no de tres. Por otro lado, se prevé la prueba en contrario si se ha inventariado en la herencia metálico por valor equivalente al bien transmitido. Además, se alude a una serie de personas en cuyo poder se encuentren los bienes, lo que puede dar lugar también a diferencias de aplicación de uno y otro precepto.

C) Posibilidad de acumular las bases de las sucesivas transmisiones onerosas entre sí.—Aunque la solución es discutible, nosotros entendemos que lo procedente aquí es acumular las bases de las transmisiones onerosas sucesivas otorgadas entre los mismos interesados dentro del período de tres años.

Se nos podría tachar de inconsecuentes por no haber admitido la acumulación de bases en el primer supuesto (donación y transmisión onerosa sucesivas) y admitir ahora, en cambio, la acumulación de bases de las transmisiones onerosas sucesivas. Pero, en nuestra opinión, no hay tal inconsecuencia si se parte de que se trata de dos supuestos diferentes que exigen una regulación también distinta.

Por de pronto, en el primer supuesto, que estudiamos al principio (donación y transmisión onerosa), existía el obstáculo para la acumulación consistente en que la compraventa es negocio oneroso distinto de la donación, tanto desde la perspectiva civil como fiscal. En cambio, tratándose de transmisiones onerosas sucesivas, el hecho imponible tiene naturaleza idéntica en todas las transmisiones cuya base se acumula (confróntese artículo 54, núm. 1.º, del Texto, y núm. 1.º, de la Tarifa de Transmisiones), y desde el punto de vista civil no existe el contrasentido de unificar actos onerosos y gratuitos mezclando los bienes y valores de todos ellos, pues aquí se trata de actos exclusivamente onerosos.

Además, la no acumulación de bases de donaciones y transmisiones onerosas sucesivas sólo puede dar lugar a un único fraccionamiento en dos partes de la supuesta base conjunta: por un lado, la base de las transmisiones gratuitas sucesivas y, por otro lado, la base de las onerosas. Único fraccionamiento que tiene la explicación que dimos al principio,

y que no tiene por qué significar necesariamente dejar la puerta abierta al fraude fiscal; también puede significar la diferencia de naturaleza jurídica de los negocios y las distintas consecuencias sustantivas o civiles de ellos, lo cual explica y justifica la diferenciación de las bases y elimina la acumulación. Se trata, en definitiva, de una posibilidad perfectamente lícita dentro de la legislación fiscal, sin que merezca el correctivo de la acumulación, no previsto para ese supuesto. A título de comparación, imaginemos varias donaciones sucesivas espaciadas en su otorgamiento más de tres años: no procedería la acumulación de las bases respectivas y no se trata de ninguna actuación reprochable, sino que es una posibilidad que permite y tiene presente el propio legislador, al poner en el artículo 63, 3.º, el límite de los tres años.

En cambio, en el supuesto de transmisiones onerosas sucesivas, si no se acumularan las bases de todas las otorgadas en un espacio de tiempo, a efectos de aplicar la Tarifa de Sucesiones, entonces la posibilidad que tendría el contribuyente de fraccionar la base sería ilimitada, de modo que quien pretendiera vender una finca a su hijo podría otorgar varias escrituras de modo sucesivo vendiendo en cada una de ellas un trozo de la finca, con el único objeto de que el término comparativo de la Tarifa de Transmisiones Patrimoniales sea en cada otorgamiento el primer tramo de la Tarifa de Sucesiones al 3 por 100. ¿Es lógico que el liquidador tenga que permanecer impasible ante este proceder, que el legislador pueda quedar en todo momento en entredicho y que el artículo 74 quede en letra muerta mediante un sencillo artificio?

Precisamente para evitar todo esto proponemos la tesis de la acumulación de bases cuando se trata del caso de transmisiones onerosas sucesivas y creemos que con ello no se vulnera la letra del artículo 74, sino que es una interpretación que está pidiendo dicho precepto. Comienza aludiendo a las «transmisiones onerosas» en forma indefinida, sin especificar si se refiere a «cada una» o al «conjunto de varias de ellas»; pero a continuación; al indicar la aplicación de la Tarifa de Sucesiones, con sus tramos escalonados y tipos progresivos, más bien inclina a la interpretación que mantenemos, ya que es la única que permite una aplicación total de la Tarifa en todos sus posibles tramos y tipos; la otra interpretación, es decir, la de que las bases no se acumulan, permite el contrasentido de la aplicación exclusiva del primer tramo de la Tarifa, eludiendo los demás tramos, y como el artículo 74 se refiere a la Tarifa de Sucesiones en la totalidad de sus tramos, y no sólo en los primeros, por el argumento de *reductio ad absurdum* ha de eliminarse tal interpretación, con lo que se llega, por exclusión, a la otra interpretación, la de la

acumulación de bases, como única admisible dentro de la lógica, e incluso de los términos, del repetido precepto.

Una vez deducida por un argumento lógico la solución de la acumulación de bases, sin recurrir para nada a la analogía del número 3.º del artículo 63, ni a la idea de la presunción de transmisión lucrativa, que no aparece en el artículo 74, se observa que es necesario fijar un plazo límite para llevar a cabo la acumulación de bases, pues es una cuestión que no puede dejarse sin precisar, ya que ello tampoco sería lógico. A tal efecto, sí que podemos recurrir a la aplicación analógica del plazo-límite de tres años del artículo 63, número 3.º, del Texto, pues no se trata de ampliación del hecho imponible ni de concretar exenciones ni bonificaciones, sino de fijar un plazo a la acumulación de bases, una vez que se ha llegado a esta interpretación con un argumento lógico y no analógico. Pues bien, de los dos plazos-límites que señala en otros supuestos el Texto, es decir, el plazo de tres años del artículo 63, 3.º, y el de un año del artículo 27, a), nosotros nos inclinamos por el primero, es decir, el de tres años, por la sencilla razón de que ofrece más analogía el supuesto del artículo 63 que el del artículo 27, dado que en aquél se contempla la acumulación de bases de negocios o actos *inter vivos* y, en cambio, en el último precepto apuntado se pretende la integración de un bien a la base de una herencia.

En resumen, no aplicamos la analogía del artículo 63, 3.º, para llegar a la solución de la acumulación de bases en el supuesto del artículo 74, pues si argumentáramos de ese modo tendríamos que admitir necesariamente (ya que quedaría todo envuelto en la analogía) la acumulación de bases de donación y compraventa sucesivas, y esto no lo hemos admitido desde el principio. Únicamente aplicamos la analogía para concretar el plazo de acumulación, pero no para interpretar que procede la acumulación misma.

Modo de realizar la acumulación de bases y de aplicar comparativamente las Tarifas de Sucesiones y Transmisiones en las transmisiones onerosas sucesivas del artículo 74.—La acumulación de bases al efecto de aplicar la Tarifa significa considerar como una sola transmisión las transmisiones otorgadas entre los mismos interesados dentro del plazo de tres años, comparando, en consecuencia, en cada caso, las cuotas de la Tarifa de Sucesiones y de la de Transmisiones en relación con el conjunto de todas las bases acumuladas. De tal manera que en cada transmisión no ha de atenderse exclusivamente al tipo de la Tarifa de Sucesiones que corresponde después de haber aplicado los tipos inferiores en anteriores transmisiones, sino que también hay que comparar las cuotas que se obtienen por una y otra Tarifa en relación con el conjunto de todas

las transmisiones, al objeto de que la comparación de cuotas y tipos no se produzca atendiendo únicamente a la última transmisión, sino al conjunto de todas ellas. Con unos ejemplos intentaremos aclarar definitivamente lo que queremos decir. Imaginemos tres compraventas sucesivas otorgadas por el padre a favor del hijo, todas ellas dentro del plazo de tres años:

- La primera compraventa tiene una base de 50.000 pesetas. La Oficina Liquidadora le aplicará el tipo del 8,20 por 100, con una cuota resultante de 4.100 pesetas, pues la cuota que obtiene por la Tarifa de Sucesiones aplicando los tipos del 3, 4 y 6 por 100 es 2.400, o sea, inferior a aquélla.
- La segunda compraventa tiene una base de 200.000 pesetas. El liquidador seguirá aplicando el tipo del 8,20 por 100, con una cuota de 16.400 pesetas, pues claramente se advierte que la cuota que se obtendría por Sucesiones seguiría siendo inferior, aunque se acumule la base a la anterior de 50.000 pesetas, ya que por el conjunto de ambas la cuota es 17.900 pesetas, y la cuota de Transmisiones correspondiente a las dos bases es superior, pues son 20.500 pesetas.
- La tercera compraventa tiene una base de 50.000 pesetas. Aunque aplicando los tipos acumulativos en forma sucesiva, podría pensarse que a esta tercera transmisión el tipo de la Tarifa de Sucesiones correspondiente es el 9 por 100, por estimar que ya se han aplicado los inferiores a las dos transmisiones anteriores (3 a 8, ambos inclusive), con lo que se llegaría a la conclusión de que el mismo supera al 8,20 por 100 de la Tarifa de Transmisiones; sin embargo, nosotros patrocinamos otra fórmula para hacer la comparación de Tarifas. Precisamente ahora llega el momento de aclarar en este ejemplo las ideas que indicábamos antes de modo genérico y teórico: la comparación de cuotas de ambas Tarifas no se debe referir exclusivamente al último tramo de la base acumulada, sino al conjunto de todas las bases objeto de acumulación. En concreto, aplicando estas ideas al presente ejemplo tenemos lo siguiente: el conjunto de las tres bases que se acumulan asciende a 300.000 pesetas; la cuota total que se obtiene de acuerdo con la Tarifa de Sucesiones aplicando los tipos del 3 al 9 por 100 es 22.400 pesetas, y la cuota total aplicando el tipo del 8,20 por 100 de la Tarifa de Transmisiones asciende a 24.600 pesetas. De donde resulta que, atendiendo al conjunto de bases y cuotas, sigue siendo superior el resultado que se obtiene aplicando la Tarifa de Transmisiones. La otra posible solu-

ción no es convincente, pues no resulta lógico que la postura acumulativa se quede a mitad de camino comparando únicamente las cuotas de cada transmisión aisladamente considerada; por el contrario, una vez aceptada la acumulación de bases y la consideración del conjunto como una sola transmisión, resulta más adecuada la interpretación que apuntamos, que tiene en cuenta las cuotas anteriores de Transmisiones que excedieron de las de Sucesiones, aunque en la última transmisión, la comparación de los últimos tramos dé una cuota superior por Sucesiones, pues, en definitiva, lo que interesa en la acumulación, dada la unidad de la transmisión, es el conjunto y no los tramos aislados.

Norma de competencia de las Oficinas Liquidadoras en relación con las transmisiones onerosas del artículo 74 del Texto.—La regla general de competencia referente a las transmisiones onerosas es la que atiende a la demarcación del lugar del otorgamiento de cada documento, a no ser que transmitente y adquirente tengan una misma vecindad (confróntese la regla 1.^a del art. 104 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959). En cambio, tratándose de donaciones *inter vivos*, el documento ha de liquidarse en la Oficina que corresponda al domicilio del donante, según el párrafo añadido al artículo 104 del Reglamento por el Decreto de 15 de febrero de 1962, precisamente con la finalidad de facilitar la aplicación de la norma de acumulación de bases de las donaciones otorgadas dentro de los tres años por el mismo donante a favor del mismo donatario.

Pues bien, respecto a las transmisiones onerosas del artículo 74 del Texto, en base a una interpretación literal del artículo 104 del Reglamento y a la vista de que el artículo 74 no contempla una transmisión lucrativa ni la presume, podría pensarse que debe aplicarse la regla general del lugar del otorgamiento que establece el artículo 104, regla 1.^a Sin embargo, nosotros entendemos que lo procedente es atender a la Oficina correspondiente al domicilio del transmitente. Nos basamos en que la interpretación del artículo 74 del Texto, en el sentido de que procede acumular las bases, exige una norma adjetiva de competencia territorial similar a la de las donaciones, que se dio precisamente, según hemos dicho, con el pensamiento puesto en la acumulación de bases. Nuevamente recurrimos a la analogía para llegar a este lógico resultado. Analogía que no prohíbe en este caso la Ley General Tributaria, pues las reglas de competencia son reglamentarias y adjetivas y no afectan al hecho imponible en sí mismo ni a las exenciones o bonificaciones. Además, si no aplicáramos la regla de competencia del domicilio del transmitente, la interpretación que hemos dado del artículo 74 quedaría en

letra muerta, al no poder controlar las Oficinas Liquidadoras la sucesión de transmisiones. Y si se entiende que tal interpretación es la más adecuada—respecto a lo cual nos remitimos a lo que antes hemos dicho—, no hay más remedio que aplicar analógicamente la citada regla de competencia, pues, en otro caso, el artículo 74, que es de superior jerarquía normativa, se vería desbordado por una norma reglamentaria de competencia, lo cual no es admisible dado lo dispuesto en la disposición transitoria 6.^a del Texto Refundido.

Libro de control de transmisiones sucesivas.—Para poder controlar las transmisiones sucesivas dentro del plazo de tres años parece necesario llevar un libro o cuadernito auxiliar por orden alfabético, que permita consignar en cada letra los datos de la transmisión en cuestión. Dicho librito deberá examinarse siempre que se produzca una transmisión del artículo 74. En cuanto a si ha de llevarse por orden de transmitentes o por orden de adquirentes, esto es algo que debe quedar al arbitrio de cada Oficina, utilizando el sistema que le resulte más cómodo, pues en todo caso se consigue el mismo resultado controlador. En relación con las donaciones sucesivas del artículo 63, número 3.º, parece más cómodo seguir el control por orden alfabético de transmitentes, si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos son dos transmitentes (padre y madre) y, en cambio, una pluralidad de adquirentes. Tratándose de transmisiones onerosas no siempre sucede así, por lo que la solución es indiferente. En todo caso, en el lugar de cada letra asignado al transmitente deben recogerse los siguientes datos: apellidos y nombre del mismo, fecha de la escritura, número del expediente y nombre y apellidos del adquirente o adquirentes, y si es que se lleva por orden de adquirentes, se recogerán los mismos datos sólo que procediendo a la inversa en cuanto a los datos de los otorgantes. También puede plantearse la cuestión de si conviene llevar un solo libro para control de donaciones y de transmisiones o dos distintos. Nosotros creemos que esto queda también a elección de la Oficina Liquidadora, si bien en el caso de que se decida por llevar ambos tipos de actos en el mismo librito habrá de tener en cuenta que sólo procede la acumulación de donaciones o compraventas entre sí por separado, acerca de lo cual ya hemos insistido en esto anteriormente. Por ello habrá que indicar en cada caso si se trata de donación o de transmisión onerosa, o quizá, por lo mismo, sería mejor llevar dos cuadernos, uno para cada tipo de actos.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

~

I. Jurisprudencia comentada

Elevación de la cuantía de una pensión alimenticia establecida en pacto (*Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1976*)

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Supuesto de hecho.*—III. *Considerandos de la sentencia.*—IV. *Estructuración en forma obligacional de ciertos deberes: patrimonialización de los mismos.*—V. *El pacto alimenticio.*—VI. *El principio nominalista y la obligación alimenticia.*—VII. *La analogía.*—VIII. *«Ratio legis» y «ratio decidendi».*—IX. *Los alimentos convencionales y el artículo 147 del Código civil.*

I. *Introducción*

La sentencia, encaminada a resolver un problema de fácil intuición, se presenta con el mejor carácter de justa y de contenido obvio. No es la primera vez que el Tribunal Supremo llega a un resultado parecido. La propia sentencia recoge otras, como la de 2 de octubre de 1970, en la que se eleva la cuantía de los alimentos, al establecerlos definitivamente, respecto de los provisionales, o como las de 5 de diciembre de 1911, 15 de diciembre de 1942 y 11 de abril de 1946, que aplican a casos concretos el criterio del párrafo 2 del artículo 142, que establece como medida de la función alimenticia el rango y posición familiar.

Esta, de 14 de febrero de 1976, contiene, sin embargo, un desarrollo amplio de esta cuestión, que aparece especialmente condicionada por el dudoso, pero incómodo, origen convencional de la obligación alimenticia.

Es por su extensión, por las implicaciones que contiene, por la aplicación—con referencia a los nuevos artículos del título preliminar del Código civil—y por su cierto carácter definitivo—intento de sentar doctrina—por lo que esta sentencia merece alguna atención.

De modo especial se pretende, con el análisis de esta sentencia, poner de manifiesto cómo el criterio general de que las normas se interpretaran para su aplicación, «atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad» (art. 3, núm. 1, del Código civil), adquiere una relevancia específica y una fuerza propia en aquellos institutos civiles—como el alimenticio—

en los que el ordenamiento, además de dotarlos de un régimen, explicita la función que han de cumplir. En tales casos, el empleo de otros recursos para lograr la adecuación de la norma a la función parece innecesario. Basta el designio legal presente en dichas normas.

II. *Supuesto de hecho*

El 2 de marzo de 1950 los contendientes contrajeron matrimonio canónico. Del mismo nació una hija. El 21 de diciembre de 1961, el Tribunal Eclesiástico correspondiente dictó resolución en virtud de la cual declaraba la separación conyugal perpetua por adulterio del esposo, al que declaraba culpable. Mediante escritura de 22 de mayo de 1962, los esposos pusieron fin a la sociedad legal de gananciales, pactaron la separación de bienes y establecieron una pensión alimenticia a favor de la esposa y a cargo del cónyuge culpable.

El 13 de febrero de 1963, el Juzado de Primera Instancia dictó auto dando eficacia civil a la resolución canónica de 21 de diciembre de 1961 y, entre otros extremos, estableció: 1) Que quedaba conferida a doña María D. F. la patria potestad sobre la hija del matrimonio. 2) Aprobaba las operaciones que los cónyuges han llevado a cabo en orden a la separación de los bienes de la sociedad conyugal. 3) Declaraba que el cónyuge inocente conserva el derecho de alimentos a cargo del culpable, y que éste los pierde a cargo del inocente.

El 15 de marzo de 1973, doña María D. F. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia encaminada a la variación del *quantum* de la obligación alimenticia (8.000 ptas.), a fin de mantener la proporcionalidad pactada hace más de diez años. El 24 de enero de 1974, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando que la pensión alimenticia debería ser aumentada en otras 8.600 pesetas. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial dictó sentencia con fecha de 21 de julio de 1974, confirmando la apelada en todas sus partes.

Don Vicente T. P. interpuso recurso de casación por infracción de ley. Alegó, en primer lugar, que la cuantía de la pensión fue fijada por los mismos cónyuges interesados, de común acuerdo, en escritura pública de liquidación de la sociedad conyugal, aprobada posteriormente por el Juzgado en ejecución de sentencia canónica de separación. Y siendo aplicable, por designio del artículo 153 del Código civil, a los alimentos pactados el criterio de la proporcionalidad del artículo 147, a ambos afecta en la misma proporción el aumento del coste de vida. En segundo lugar, la sentencia recurrida no reconoce al certificado de matrimonio de la hija de la actora—ocurrido el 11 de marzo de 1974, fecha en la que se emancipa, deja la casa materna y cesa como carga para la actora—la eficacia que la ley le confiere, incurriendo así en error de hecho en la apreciación de la prueba.

III. *Considerandos de la sentencia*

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

Considerando que no puede dar lugar a la casación el error de derecho en la apreciación de la prueba, que se denuncia en el segundo motivo del recurso: 1.º Porque al ampararse conjuntamente en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692, contraviene lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.720 e incurre en la causa de inadmisión cuarta del 1.729 del mismo Cuerpo legal, que lo es de desestimación en esta fase decisoria del procedimiento, según, entre otras, se indicó en las sentencias de esta Sala de 6 de abril de 1961 y 29 de noviembre de 1962. 2.º Porque el artículo 147 del Código civil, cuya infracción se estima cometida en el motivo, no

contiene norma alguna sobre valoración de prueba, como es preciso para el éxito de estos vicios *in iudicando*—sentencias de 14 de diciembre de 1972 y 8 de abril de 1974—. 3.º Porque, en todo caso, el Tribunal *a quo* no ha desconocido la eficacia en juicio del testimonio del auto de 13 de febrero de 1963, procedente del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, ni de la certificación del Registro Civil relativa al matrimonio de la hija de los litigantes, celebrado el 11 de marzo de 1974, sino que apreció dichos documentos, en conjunción con los demás medios de prueba enumerados en el artículo 1.215 del Código mencionado, en uso de las facultades que, a tal efecto, le están conferidas por nuestro Ordenamiento jurídico.

Considerando que la devaluación del poder adquisitivo de la moneda, como consecuencia de la inflación del coste de la vida, sobrevenida desde el año 1962 al 1973, no puede menos de ser incluida entre las causas que deben tenerse en cuenta por los Tribunales para producir la elevación de las pensiones, a que se refiere el artículo 147 del Códico civil, porque al indicarse en éste que tal hecho dependerá del «aumento que sufran las necesidades del alimentista», no es posible interpretar la frase entrecomillada en un sentido literal y estricto, sino también en relación con sus antecedentes históricos y legislativos y realidad del tiempo en que el precepto ha de ser aplicado, con atención especial a su espíritu y finalidad, según expresamente se hace constar en el artículo 3.º, número 1, de dicho Cuerpo legal, tal como quedó redactado por Decreto de 31 de mayo de 1974, al desarrollar la base segunda, número 1, de la Ley de 17 de marzo de 1973, y siendo ello así es evidente que al consistir la deuda alimenticia en lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica de la persona que deba percibirla, en atención al rango y posición de la familia—artículo 142, párrafo 1.º, y sentencias de 5 de diciembre de 1911, 15 de diciembre de 1942 y 11 de abril de 1946—, la *ratio legis* del artículo 147 no se cumpliría de no actualizarse el *quantum* de la pensión en armonía con la erosión que el dinero hubiera sufrido, puesto que de otra forma se obligaría al alimentista a disminuir, reducir o dejar de atender alguna de ellas, rebajando su condición social, sobre todo cuando la materia objeto de este estudio no debe ser interpretada restrictamente—sentencia de 2 de diciembre de 1970.

Considerando que a la misma conclusión se llega si se tienen presentes las medidas que tanto el legislador como la jurisprudencia de esta Sala han ido arbitrando para evitar las consecuencias que la depreciación de la moneda pueda ocasionar al acreedor en determinados negocios jurídicos de tracto sucesivo o ejecución diferida, cuyas prestaciones se realicen espaciadamente y distanciándose cada vez más del momento de su iniciación, porque si para corregir semejante resultado y lograr que por el transcurso del tiempo no se mermen los derechos de dicho señor, al extremo de que puedan convertirse en simbólicos o ilusorios, se han promulgado disposiciones como las referentes a los salarios mínimos en los convenios laborales, cuya cuantía se modificó sensiblemente desde la Orden de 13 de marzo de 1962 al 29 de marzo de 1973; como las relacionadas con la subida del trigo, producida desde el Decreto de 5 de julio de 1962 al 30 de noviembre de 1973, a efectos de fijar la renta de los Arrendamientos Rústicos, conforme a lo prevenido en los artículos 3 de la Ley de 23 de julio de 1942 y 7, número 1.º, del Reglamento de 29 de abril de 1959, y como las relativas al incremento de la merced arrendaticia urbana, consignadas en los Decretos de 6 de septiembre de 1961 y 23 de abril de 1972, e incluso con la admisión de los pactos de estabilización en esta clase de locaciones—sentencias de 28 de noviembre de 1957, 30 de abril de 1964, 17 de diciembre de 1966, 11 de octubre de 1968 y 21 de diciembre de 1970—y la de la cláusula *rebus sic stantibus* en cierto tipo de estipulaciones—sentencias

de 14 de marzo de 1952, 17 de mayo de 1957, 23 de noviembre de 1962 y 15 de marzo de 1972—; ninguna razón existe para no aplicar el mismo criterio cuando de la pensión alimenticia se trate, puesto que a ello abonan tanto el principio de interpretación analógica, admitido por el número 1 del artículo 4 del vigente Código civil, como el axioma: *ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*—sentencias de 14 de mayo de 1952 y 2 de febrero de 1976—, y como, en el presente caso, el cuarto razonamiento jurídico de la sentencia de primer grado, aceptado por la Audiencia, declara probado que el índice del coste de la vida, señalado por el Instituto Nacional de Estadística, subió del 16 en 1962, fecha en que se concertó la prestación de alimentos, a que el proceso se contrae, al de 141,5 en 1973, al incoarse el litigio, es obvio que semejante evento comporta una alteración de las circunstancias, que el artículo 147 del Código civil contempla, y que debe tomarse en cuenta para la decisión del problema debatido; que, además, en lo que atañe a la fijación de su cuantía y al análisis de las particularidades condicionadoras del equilibrio que deben concurrir para la aplicación de los artículos 146 y 147 del Código citado, por no haber sido impugnadas en el recurso a través de la vía formal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, no podrían dar lugar al éxito del mismo, por tratarse de materia encomendada a la libre apreciación de los Tribunales de instancia, según, entre otras, indicaron las sentencias de 28 de junio de 1951, 28 de junio de 1968, 2 de diciembre de 1970 y 9 de junio de 1971.

Considerando que las razones anteriormente expuestas no se desvirtúan por lo consignado en el artículo 153 del Código civil y la circunstancia de que se pactara la pensión alimenticia, objeto del pleito, por escritura suscrita por los litigantes en 22 de mayo de 1962, aprobada por auto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia de 13 de febrero de 1963; porque ni tal convenio se pactó voluntariamente por parte del demandado, sino en virtud de la obligación que le imponían los artículos 56 y 143, número 1, del mencionado Cuerpo legal, respecto a su consorte, aun en el supuesto de separación del matrimonio, cuando el alimentista hubiera sido declarado inocente—artículo 73, número 5, del Código civil, según Ley de 2 de mayo de 1975—, como ha sucedido en el presente caso, ni, en último término, se ha justificado por el recurrente que aquel instrumento notarial contenga cláusula alguna contraria a lo prevenido en el artículo 147 ni, de contenerla, podra dicho señor hacerla valer ante los Tribunales, porque aunque sobre esta materia puedan establecerse los pactos que se estimen convenientes sobre tal derecho y su cuantía (artículo 153), carecen los mismos de eficacia cuando se concierten entre las personas reseñadas en el 143, en lo que afecta a la esencia del mismo, proporcionalidad señalada en los 146 y 147 y renuncia y transmisibilidad (art. 151), dado que, de otra forma, quedaría destruido el objeto de la ley y se infringiría la doctrina del artículo 1.255, prohibitivo de concertar estipulaciones contrarias a las leyes, que se tendrán por no puestas, conforme a lo dispuesto en el artículo 6, número 3; por todo lo cual debe desestimarse el primer motivo del recurso, y con él, éste en su totalidad.

IV. *Estructuración en forma obligacional de ciertos deberes: patrimonialización de los mismos*

Una conducta coercitivamente exigible es para la técnica del derecho una obligación. Y ello aunque dicha conducta consista en una mera abstención. La amplitud de contenido que el artículo 1.088 del Código civil da al término obligación permite que en él se alojen fenómenos sociales realmente diversos. Y existiendo obligaciones legales es claro que éste es un instrumento técnico del que puede valerse el ordenamiento para

imponer una conducta exigida por cualquier razón de justicia. Así, al asumir e imponer jurídicamente el ordenamiento determinados deberes o establecer consecuencias a fenómenos no delimitados previamente surge como prestación una obligación. La misma solidaridad familiar o parental jurídicamente articulada queda expresada en términos de obligación.

Si a esto añadimos el potencial y subsidiario carácter pecuniario de cualquier conducta evaluada jurídicamente, por razones de exigibilidad forzosa, cuya última apelación es patrimonial (art. 1.911 del Código civil), tenemos una paulatina homogeneización del fenómeno obligacional y un paulatino alejamiento de las diversas causas que hicieron nacer dichas obligaciones.

Por otro lado, la facilidad de cumplimiento que supone el dinero como medio de pago y la natural capacidad de liquidación, por traducción en numerario de una conducta genérica, que el mismo presenta hace que en la práctica nos encontremos con la obligación legal de alimentos entre parientes como una deuda pecuniaria. Es decir, con la estructuración en forma obligacional, hasta sus últimas consecuencias, de un deber de tipo familiar jurídicamente sancionado.

V. *El pacto alimenticio*

La prestación alimenticia, tipificada como obligación legal en los artículos 143 y siguientes del Código civil, puede ser objeto de convenio. Posibilidad que ha de ser contemplada fuera del ámbito de la atipicidad (artículo 1.255), ya que se trata de una posibilidad legalmente reconocida (art. 153) (1). Es decir, lo que entre parientes surge en determinadas circunstancias por imperativo legal, puede surgir entre extraños por convenio o incluso entre parientes al margen de aquellas circunstancias que la hacen nacer legalmente. Socialmente, la prestación alimenticia cumple una función muy amplia. Muchas veces está presente como parte de un negocio de mayor envergadura—pacto sucesorio—y otras implícitamente asumida en figuras jurídicas distantes sistemáticamente de los artículos 143 y siguientes—derechos sucesorios del cónyuge viudo.

Este pacto alimenticio puede presentarse, en primer lugar, como figura autónoma. Como tal parece contemplarlo el artículo 153, como convenio típico del cual surge para una de las partes la obligación de prestar alimentos en favor de la otra que asume la posición técnica de acreedor. Esta autonomía es difícil que se presente con toda su pureza, porque en la vida social una situación de poder correlativa a otra de sumisión raramente aparece fuera de un contexto que lo explique. Por ello, lo normal es que dicho convenio se inserte en un negocio más amplio (2) (pacto sucesorio), en el que cumpla la función técnica de contraprestación, o sea, consecuencia de una conducta previa de una de las partes (traspaso de propiedad de un inmueble a favor del obligado), surgiendo entonces la figura típica del contrato de renta vitalicia, que se aleja de la obligación alimenticia por su carácter aleatorio. Pero en cualquier caso no hay razón que impida una hipotética configuración consensual de la obligación aludida.

En segundo lugar, cabe que el pacto alimenticio se presente con carácter solutorio. Pienso que éste es el caso de la renta vitalicia establecida en conmutación del usufructo viudal. No se trata de una renta vitalicia típica (art. 1.802 del Código civil) porque no hay transmisión por parte del favorecido; únicamente «se transforma lo que recibe simplemente operándose en esta transformación el efecto jurídico de una subrogación

(1) *Vid* DORAL, J. A.. «Pactos en materia de alimentos», *Anuario de Derecho Civil*, 1971, páginas 313 y ss.

(2) DORAL, J. A. *Ob cit*, pág. 422

legal» (3). Y la función de esta pensión, con la que se liquida la concurrencia usufructuaria del cónyuge viudo, es evidentemente el mantenimiento del mismo a tenor del nivel que tuvo en el matrimonio, con lo que desaparece el posible carácter aleatorio de la renta vitalicia. Establecida de mutuo acuerdo, entre herederos y cónyuge supérstite, esta fórmula de liquidación, el pacto en este caso tiene un claro matiz solutorio de cumplimiento, y no tiene propiamente naturaleza contractual (4).

Cabe, en tercer lugar, que las partes mediante un pacto alimenticio configuren el cumplimiento de un deber preexistente. La obligación de mutua ayuda y socorro que establece el artículo 56 con carácter recíproco para ambos cónyuges, normalmente se difumina y diluye en la armonía matrimonial. Surge, por el contrario, claramente diferenciado y con carácter unilateral cuando el artículo 143 del Código civil, una vez producida la crisis matrimonial, lo establece a cargo del cónyuge culpable y a favor del inocente una vez ha mediado sentencia canónica de separación, y si en el acto, en jurisdicción civil, de ejecución de la misma, las partes establecen un pacto alimenticio, es claro que este pacto es posterior al deber que con carácter genérico establece el artículo 56 y preparación de las consecuencias que para la ejecutoria de separación establece el artículo 73, número 5, en relación con el artículo 143, 1. En este caso, el pacto ni hace nacer una obligación nueva ni supone cumplimiento extensivo de un derecho. Únicamente ofrece al órgano jurisdiccional cierta base acordada para modular una relación personal vitalicia (art. 52) en su vertiente económico-asistencial. Así lo parece entender la sentencia de 14 de febrero de 1976 cuando establece que «tal convenio no se pactó voluntariamente... sino en virtud de la obligación que le imponían los artículos 56 y 143, número 1, del mencionado Cuerpo legal» (Código civil). Y negando carácter contractual al convenio alimenticio por razón de origen (obligación preexistente y subsistente de alimentos), cabe negárselo también en lo que se refiere a la cuantía, porque ésta, aunque fijada convencionalmente (5), queda involucrada en la función que por designio legal ha de cumplir..

VI. *El principio nominalista y la obligación alimenticia*

Sea cual sea la dificultad de encontrar apoyo positivo al principio nominalista (6), parece obvio que por el mismo se rige el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Es éste el dato, a nivel de experiencias jurídicas, del que se parte para estudiar remedios que mitiguen las injusticias que puedan derivarse de su posible rigorismo. La razón parece obvia. En principio, el empleo del dinero como medio de pago es un empleo nominal. Se trata de un principio sobrentendido. Posiblemente por esto el Código civil no lo proclama y obvia de esta forma la dificultad de interpretar una declaración legal en ese sentido. Porque de este carácter sobrentendido se deriva su carácter de principio, no norma, dispositivo. Es decir, como principio rector, de tipo natural, del tráfico jurídico éste rige si no se establece expresamente lo contrario. La mejor forma de que esto resulte pacífico es no establecerlo positivamente. Aunque técnicamente aquellos elementos o principios vertebradores de la vida negocial, consolidados a través de una práctica inveterada, pueden ser incorporados en forma de norma dispositiva al ordenamiento jurídico, semejante pro-

(3) MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: «Commutación del usufructo viudal común (análisis del artículo 839 del Código civil)», *Rev. Derecho Notarial*, 1957, pág. 213.

(4) VALLET DE GOTTISOLO. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, Madrid, 1974, pág. 298.

(5) Sobre alimentos en la separación convencional, *vid.* DORAL, *ob. cit.*, pág. 378, y jurisprudencia allí citada.

(6) *Vid.* HERNÁNDEZ GIL, A. *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 348 y ss; Díez-PICAZO, LUIS *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1970, págs. 455 y ss.

ceder aplicado al pago de deudas pecuniarias hubiese supuesto una dificultad más a la hora de delimitar el carácter de principio de orden público del mismo y la admisibilidad de las cláusulas de estabilización. Pienso—sin embargo—que tal vez podía hablarse de un principio general de carácter dispositivo. Principio que vertebraría la convivencia, regulando el tráfico, y que, sin embargo, tiene carácter dispositivo. En definitiva, ésta es la realidad que proclama la función económica del dinero, que determina con absoluta claridad el empleo, en principio, nominal del mismo, pero que admite, dentro de los límites del artículo 1.255, derogaciones convencionales.

Con estas consideraciones de fondo conviene ahora recoger una afirmación, en su cuarto considerando, de la sentencia de 14 de febrero de 1976: «Ni, en último término, se ha justificado por el recurrente que aquel instrumento notarial contenga cláusula alguna contraria a lo prevenido en el artículo 147.» Apoyándose la revisión de la cuantía de la pensión en este precepto, parece que esa hipotética cláusula tendría como finalidad impedir dicha revisión. En definitiva, mantener el pago de la pensión dentro del criterio nominalista. Tanto se pactó como pensión, tanto se pagará en cualquier caso. Es por ello por lo que cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Puede pactarse expresamente que una obligación pecuniaria se regirá por el principio nominalista? No se trata tanto de plantear un problema de licitud como de necesidad. Que dicha cláusula es admisible, dentro de los límites que el artículo 1.255 señala a la autonomía privada, parece claro. El problema resulta de la difícil inteligibilidad del establecimiento expreso de un modo de proceder sobrentendido. Normalmente, la eficacia de la cláusula negocial, además de establecer la específica reglamentación de intereses, va, en todo caso, dirigida a excepcionar una norma dispositiva. Talante muy propio de la esfera estrictamente privada objeto del derecho civil, donde, en principio, toda norma positiva se entiende «salvo pacto en contrario». Ocurre que en este caso la hipótesis es precisamente la inversa. Se establece—siempre en hipótesis—la concurrencia normativa de un principio dispositivo de carácter obvio. Tan obvio que ni siquiera el Código civil en su tarea previsora necesita establecerlo. El uso del dinero es nominal y como tal, sin matizaciones, lo asume en su específica función el ordenamiento.

Sigue la sentencia: «Ni de contenerla podría dicho señor hacerla valer ante los Tribunales, porque, aunque sobre esta materia puedan establecerse los pactos que se estimen convenientes sobre tal derecho y su cuantía (art. 153), carecen los mismos de eficacia cuando se concierten entre las personas señaladas en el artículo 143, en lo que afecta a la herencia del mismo, proporcionalidad señalada en los artículos 146 y 147 y renuncia y transmisibilidad (art. 151), dado que, de otra forma, quedaría destruido el objeto de la ley y se infringiría la doctrina del artículo 1.255, prohibitiva de concertar estipulaciones contrarias a las leyes, que se tendrán por no puestas, conforme a lo dispuesto en el artículo 6, número 3.»

Pactar expresamente el pago nominal, en general parece lícito, pero innecesario, y por eso inexplicable. En el caso concreto de la pensión alimenticia, además, resulta ilícito: fuera del ámbito reconocido a la autonomía privada (art. 1.255), contrario a los artículos 146 y 147, y expuesto a las conveniencias que establece el artículo 6, número 3.

Podemos concluir: si la pensión alimenticia establecida en dinero para que quede sujeta al principio nominalista precisa pacto expreso, y este pacto es contrario a la regulación que de la misma hace el Código civil, quíérese decir que éste la contempla como una deuda de valor. Para HERNÁNDEZ GIL esto es claro: «La fijación de lo debido con referencia a las necesidades y en función del aumento o disminución de aquéllas y de la

fortuna del obligado introduce en la deuda una variabilidad característica de la deuda de valor» (7).

Esta variabilidad característica de la deuda alimenticia tiene claras manifestaciones en dos momentos, que conviene diferenciar y resaltar: fijación y devengo.

La fijación de la cuantía de la pensión alimenticia depende de una serie de factores y medidas que deben apreciar los Tribunales en el momento de establecerla.

En primer lugar, hay que señalar el binomio posibilidad-necesidad como condicionamientos fácticos de la deuda alimenticia, es decir, como circunstancias que dan lugar tanto al nacimiento de la misma como a su extinción. La posibilidad económica del obligado se pondera tanto en el momento de determinar su persona—estableciendo el artículo 144 una prelación en orden a su reclamación, que tomando como base el parentesco lleva implícita la previsión de que no sea el más próximo el obligado por insuficiencia patrimonial—, como al considerarla causa de extinción de la misma (art. 152, núm. 2), como al ser recogida en el artículo 146 como índice de la cuantía de la pensión alimenticia.

La necesidad del acreedor es tenida en cuenta por los Tribunales como circunstancia que hace nacer el derecho a reclamarlos. Ciertamente es que en el matrimonio la deuda alimenticia no es sino transformación en relación patrimonial específica de un deber genérico y recíprocamente establecido. La obligación alimenticia es una carga matrimonial para el cónyuge culpable que tiene su origen no en una necesidad fáctica, sino en una necesidad institucionalmente tipificada, al no desaparecer el *status* matrimonial, que siempre coloca en situación de nueva y peculiar indigencia a los que lo contraen. Igualmente, la cesación del estado de necesidad conlleva la cesación de la obligación alimenticia (art. 152, núm. 3), e igualmente es índice al cual atenerse al determinar su cuantía.

Junto a estos factores que actúan como condicionamientos fácticos de la deuda alimenticia, tenemos las medidas que ponderan el alcance de la misma y hacia los cuales debe apuntar como finalidad a cumplir. En los supuestos de los cuatro primeros números del artículo 143, la medida es la posición social de la familia; en los otros, la mera subsistencia.

Al lado del juego de estos factores y medidas de la fijación de la cuantía de la deuda hay que poner de relieve la norma rectora del devengo de los mismos. Es decir, conviene distinguir nacimiento y fijación de la cuantía de la deuda alimenticia de la vida de esta misma, que no terminará sino con la cesación de la necesidad, si bien entre cónyuges es pensable que continúe subsistente la relación matrimonial, o de la posibilidad de darla. Pues bien, por lo que a sus vicisitudes se refiere, conviene recordar con el artículo 147 que los «alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que debiera de satisfacerlos». De nuevo entrará en juego el prudente arbitrio judicial; no quedará condicionado por la posible y frecuente circunstancia de que inicialmente la pensión se fijare en una cantidad de dinero. El dinero en este caso cumple su habitual función de medio de pago, y la expresión numérica de la cuantía en dinero no es sino una forma de liquidación, que no transforma una deuda de valor en una deuda pecuniaria, pues en ella lo debido no es una cantidad cifrada de dinero como tal, sino la satisfacción de una necesidad que implica un valor económico debido; eso sí, evaluable y transformable en dinero.

(7) HERNÁNDEZ GIL, A. *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 203.

VII. La analogía

En el tercer considerando de la sentencia de 14 de febrero de 1976 se hace una alusión directa a la analogía—con referencia a su reciente positivación en el título preliminar del Código civil (art. 4, núm. 1)—y al axioma *ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio iuris esse debet*, recogido por las sentencias de 14 de mayo de 1952 y 2 de febrero de 1976.

Como argumento a mayor abundamiento no repugna. Es decir, mostrar, como lo hace la sentencia, que el Derecho—más o menos intervenido por el poder público—se preocupa de la actualización de pagos cifrados en una cantidad de dinero para llegar a resultados justos, como el que se persigue en esta sentencia, parece correcto.

Sin pretender un análisis exhaustivo acerca de la analogía en la aplicación del Derecho ni del axioma citado y la necesidad de acudir a ellos para llegar al resultado que se llega, sí parece conveniente hacer algunas precisiones.

Concretamente, dos. Primera, parece claro que sea cual sea la naturaleza de la analogía, ésta es un remedio subsidiario aplicable a falta de norma específica que contemple el caso controvertido. O, lo que es lo mismo, la analogía es incompatible con una norma que cubra lo que la extensión analógica pudiera cubrir. En segundo lugar, parece preciso para que sea correcto acudir a semejante recurso cierta semejanza entre el supuesto contemplado por la norma que se va a aplicar—o el principio de Derecho que se va a recurrir—y el caso vacío de solución normativa. En este epígrafe nos ocuparemos del segundo punto, dejando el primero para una consideración ulterior.

La semejanza de supuesto que exige la aplicación de la analogía supone, a mi entender, íntimamente unidos y recíprocamente influidos el juego configurador de dos factores. En primer lugar, cierta semejanza fáctica que proclama igual petición de justicia y, en segundo lugar, cierta identidad de razón en la dación de justicia que proporciona la norma que analógicamente se va a aplicar. Supuesto y *ratio* guardan cierta relación, que es la analógicamente trasladable.

Cuando, como en el caso que nos ocupa, más que aplicar un criterio—concreción remota de un principio de justicia—a un supuesto no normado, se trata de teñir de justicia—implicada ésta directamente—una situación que la reclama, la analogía vendría a cumplir la finalidad de allanar las dificultades de tipo técnico que dificultan la solución justa. Es decir, un contrato es un contrato y ha de cumplirse en sus propios términos, así resulte gravoso para una de las partes, y una pensión de 8.000 pesetas da derecho a exigir 8.000 pesetas en la forma de devengo establecida. Pero la solución justa choca con el juego normal de la técnica jurídica. Arbitrando un remedio para obtener la solución justa, superando la técnica contractual en un caso, ¿es pensable aplicar el mismo remedio o el mismo principio a otro supuesto que, en definitiva, aspira a la misma solución y encuentra—por lo menos, aparentemente—una dificultad de tipo técnico, como en el primero?

La aplicación de la analogía nos plantea así, en el caso que examinamos, más un problema de necesidad que de posibilidad. El principio aplicado va a ser el mismo, la necesidad de justicia sentida la misma; pero la dificultad de tipo técnico que se trata de superar probablemente es distinta y hace innecesario el recurso a la analogía.

Esta distinta dificultad técnica de encontrar explicación al fallo que se intuye justo supondrá una diversidad en el remedio arbitrado para cada caso. Siendo la dificultad abordada distinta, cada remedio—aun aspirando a igual solución y aplicando igual principio (conmutatividad del tráfico)—tendrá un carácter diverso. De ello se sigue que la extensión analógica

plantea como cuestión previa el análisis de la dificultad abordada en cada caso.

La aplicación a contratos de tracto sucesivo de la cláusula *rebus sic stantibus* de elaboración jurisprudencial conlleva de un modo implícito el reconocimiento de la impermeabilidad de la técnica contractual frente a posibles requerimientos de justicia que la vida económica y social plantea. Sobre esta consideración, con cautela y con carácter excepcional, se aplica caso a caso un remedio externo a la estructura contractual. En definitiva, no se trata de una solución que brote de la propia institución contractual, como parece surgir la solución de la revisión de la pensión alimenticia (8). En este último caso, el resultado se produce con fluidez y como una consecuencia de la naturaleza específica de la institución alimenticia.

Las cláusulas de estabilización, en sí mismas consideradas, no son sino previsiones de índole contractual. El que tanto jurisprudencial como legalmente se reconozca su licitud supone el reconocimiento de que tutelan privadamente un principio de justicia, que en sí mismo es trasladable como universal consideración de justicia a cualquier situación contractual. Junto al carácter contractual, este remedio presenta frente a la revisión de la pensión alimenticia, la peculiaridad de enfrentarse a los rigores del principio nominalista propio del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Como anteriormente vimos, la deuda alimenticia, por el contrario, es una deuda de valor.

El Derecho laboral y el Derecho arrendaticio—uno definitivamente alejado de la órbita privada, el otro poderosamente influido por consideraciones de índole social—son ejemplos de total o parcial sustracción de la autonomía privada de determinadas relaciones en consideración a sus importantes implicaciones económicas. Frente al carácter definitivamente autónomo del Derecho laboral y al carácter excepcional del Derecho arrendaticio, la institución alimenticia con carácter de Derecho normal, obrando según su propia índole legalmente establecida en el Código civil, obtiene esa actualización de la pensión y esa adecuación a las nuevas necesidades a cubrir por variación de las circunstancias sociales.

Comprobamos así cómo la aproximación al fenómeno de la actualización de una pensión alimenticia, que supone obtener una revisión o modificación del contenido económico de una relación—ya sea por vía legal, jurisprudencial o convencional—, se convierte en poderoso contraste al percibir que mientras en los supuestos de los que se extrae el principio de justicia para aplicarlo por analogía, la revisión se produce por vía de corrección del nominalismo y por medio de recursos heterogéneos y externos a las instituciones afectadas, en la pensión alimenticia, la variación de la cuantía se produce por su solo carácter de deuda de valor. Con ello, la necesidad de recurrir a la analogía no presenta mayor interés que el de añadir un argumento a mayor abundamiento. El hecho de que la variación se produzca por medio de sentencia no supone aplicación de doctrina jurisprudencial, sino necesidad por parte de la actora de recurrir—con carácter normal—a un juicio declarativo.

VIII. «Ratio legis» y «ratio decidendi»

Al comienzo del epígrafe anterior señalábamos la necesidad de hacer dos precisiones en orden a la aplicación analógica de un principio recogido en remedios técnicos arbitrados para paliar los inconvenientes del

(8) La sentencia de 23 de noviembre de 1962 rechaza la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a una renta vitalicia en conmutación de un usufructo viudal. En cambio da lugar a la revisión apoyándose en otros argumentos, fundamentalmente en la función económica de la cuota legítima del cónyuge.

progresivo encarecimiento de la vida. Allí únicamente nos ocupamos del segundo: de la semejanza de supuesto, que si bien se verificaba al concurrir una misma petición de justicia, se diluía al ser diversa la dificultad técnica que debiera superarse en unos casos y en otros. Dejamos para un momento ulterior la primera de aquellas precisiones. La que consistía en señalar el carácter subsidiario que como recurso tiene la aplicación analógica de las normas. Lo que equivale a decir que únicamente tiene sentido cuando no hay norma aplicable. Y del estudio de la segunda cuestión —la semejanza de supuestos— hemos concluido precisamente lo contrario. La revisión de la pensión alimenticia no presenta las dificultades propias de lo contractual o de lo estrictamente pecuniario porque se trata de una deuda de valor. Carácter, éste de la obligación, contenido institucionalmente en la descripción legal de la pensión alimenticia, y en una norma expresa dentro de la misma—artículo 147—, que impone la actualización de la pensión según el «aumento de las necesidades del alimentista». Es decir, la aplicación analógica no es posible porque no hay vacío legal: el problema, la hipótesis conflictiva, el caso está previsto tanto por el sentido de la regulación global de la relación como por un precepto expreso que así lo establece.

«La *ratio legis* del artículo 147 no se cumpliría de no actualizarse el *quantum* de la pensión.» Esta parece ser la fibra decisoria de la sentencia de 14 de febrero de 1976. Frente a ella cualquier otro argumento tiene carácter incidental, aproximativo, periférico. En este sentido, la invocación del artículo 3, número 1, en cuanto facilita una interpretación finalista del precepto y facilita el camino para una adecuación de la pensión—según su sentido institucional—a su función económica y social parece correcto y necesario. Es este precepto del nuevo título preliminar del Código civil el que parece tener carácter decisivo, frente al carácter coyuntural de la invocación de la analogía, recogida también en el artículo 4, número 1, del mismo título preliminar.

El carácter abierto y dinámico de la interpretación finalista, frente al carácter cerrado y técnico—y por ello embarazoso—de la extensión analógica, aconseja, cuando el sentido de la norma es claro, recurrir preferente y exclusivamente a él, sin emprender el esfuerzo que siempre supone la aplicación por analogía, que por su propia índole debe quedar relegada a un papel subsidiario.

IX. Los alimentos convencionales y el artículo 147 del Código civil

Para terminar cabe preguntarse cuál es la situación en que se encuentra una obligación alimenticia convencionalmente establecida en orden a la posible necesidad de actualización económica por desfase con las nuevas circunstancias posiblemente cambiantes. Como señalábamos al principio, de modo convencional, es difícil que la relación alimenticia aparezca con carácter específico y autónomo. Normalmente formará parte de un convenio más amplio, dentro del cual, como parte típica de un todo negocial complejo, cumplirá la función técnica de prestación o contraprestación articulada con otra u otros. En esos casos, junto al carácter contractual, será el propio sentido del negocio en cuestión el que desplaza el sentido institucional de la obligación legal típica.

Y en el caso de presentarse con carácter propio y autónomo conviene tener en cuenta lo siguiente. El convenio no da razón sólo de su origen—convencional frente a legal—, sino del supuesto fáctico básico—conveniencia de las partes frente a necesidad que engendra un deber—. De esta forma, la *ratio legis* de los preceptos del Código civil pierde fuerza informativa de la relación alimenticia.

Esta última apreciación y el carácter específicamente dirigido de la regulación legal—atención a una indigencia que afecta al grupo familiar—nos plantea la relación entre el pacto alimenticio y la regulación legal de la deuda alimenticia. Es decir, cuál es, para la relación alimenticia convencional, el Derecho supletorio aplicable. El título VI del libro I no parece tener carácter dispositivo, sino imperativo: no trata tanto de suplir lo no especificado en un negocio como introducir—técnicamente articulado—un deber, posiblemente no satisfecho, abandonado al terreno de la autonomía privada (9). Por otro lado, como pacto, siempre le será aplicable el régimen general de las obligaciones y de los contratos.

Así las cosas, ¿es aplicable el artículo 147 al pacto alimenticio? El artículo 153 indica que el régimen legal de la deuda alimenticia es aplicable a los pactos alimenticios en defecto de «lo pactado». Teóricamente, el artículo 147 es perfectamente aplicable a la relación convencional. Sin embargo, es de tener en cuenta: primero, difícilmente la cuantía y su régimen no estarán dentro de «lo pactado»; segundo, el criterio del artículo 147 es un criterio especial más conformador que supletivo, y en tercer lugar, existe una muy estrecha relación entre esta cuestión (cuantía y art. 147) y su origen convencional o legal, porque así como el carácter legal da a la relación una impronta específica, el origen convencional condiciona esta cuestión, pues introduce el inevitable «a riesgo y ventura» propio de lo contractual. Por todo ello, y teniendo en cuenta la aplicación restrictiva que impone el propio artículo 147—únicamente aplicable a las personas enumeradas en los cuatro primeros números del artículo 143—, creo que la norma del artículo 147 no es aplicable a la relación alimenticia convencional.

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI
Profesor adjunto de Derecho civil

(9) Sobre autonomía privada y alimentos y régimen supletorio aplicable, *vid* DORAL, *ob cit*, páginas 401 y ss. y 346 y ss.

II. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO

REGISTRO MERCANTIL

3. NO ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL UNA ESCRITURA DE APODERAMIENTO OTORGADO POR UNA SOCIEDAD ANÓNIMA A FAVOR DE LAS PERSONAS QUE EJERZAN DETERMINADOS CARGOS (DIRECTORES, ETC.) EN LAS SUCURSALES QUE LA SOCIEDAD TENGA ESTABLECIDAS O ESTABLEZCA EN LO FUTURO, DE MANERA QUE LAS FACULTADES QUE SE LES CONFIEREN PUEDAN EJERCITARLAS ACREDITANDO SU NOMBRAMIENTO PARA EL CARGO MEDIANTE CERTIFICADO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD PODERDANTE.

PERO SÍ SERÁ INSCRIBIBLE DICHA ESCRITURA SI SE COMPLETA CON OTRA U OTRAS EN QUE SE INDIVIDUALICEN PERSONALMENTE EL APODERADO O APODERADOS.

Resolución de 13 de mayo de 1976 (B. O. del E. de 3 de julio).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Madrid, por el Notario don Enrique Sánchez Oliva, el 28 de enero de 1975, don Vicente Salgado Blanco, Presidente del Banco Mercantil e Industrial, S. A., confirió poderes a todas las personas que ejerzan los cargos de Directores, Subdirectores, Interventores y Apoderados de las sucursales que el Banco tenga establecidas en la actualidad o establezca en el futuro a fin de que

puedan, en nombre y representación de la entidad mandante, ejercer las facultades que se relacionan en la certificación unida a la escritura, que especifica numerosos actos relativos al tráfico bancario, tales como, entre otros, firmar y expedir toda clase de correspondencia, hacer préstamos, constituir, reconocer, modificar, dividir, aceptar, posponer, subrogar y cancelar hipotecas, tanto mobiliarias como inmobiliarias, prendas con o sin desplazamiento, censos, anticresis y cualesquiera otros derechos, y estableciendo que para el ejercicio de las facultades transcritas bastará que los Directores, Subdirectores, Interventores y Apoderados del Banco acrediten, mediante certificado expedido por la entidad bancaria, su nombramiento para dichos cargos, sin que se señalen otras bases de determinación de las personas de los Apoderados ni de las sucursales que en lo sucesivo se puedan establecer.

Presentada en el Registro Mercantil de Valladolid copia autorizada de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «DENEGADA la inscripción del precedente documento:

1.º Porque al no estar concedido el apoderamiento contenido en él a favor de persona determinada, queda al margen del documento público exigido por el artículo 1.280 del Código civil algo tan esencial al apoderamiento como es la persona concreta del Apoderado.

2.º Porque al verificarse su inscripción, la publicidad concedida al Registro Mercantil, institución pública, por el artículo 2.º de su Reglamento y por el artículo 30 del Código de Comercio, al hacerse efectivo el apoderamiento contenido en el precedente documento y expedirse la certificación bancaria a la que el mismo se refiere, sería sustituida por la publicidad de las entidades bancarias, entidades privadas.

3.º Porque en el mismo se contienen apoderamientos de sucursales bancarias inexistentes en favor de inexistentes empleados del Banco Mercantil e Industrial, S. A.»

Don Félix Ester Gálvez, como Secretario General del Banco Mercantil e Industrial, y en representación del mismo, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la citada entidad bancaria ha procedido siempre a inscribir los poderes conferidos en la escritura con el fin de procurar mayores garantías de seguridad a terceros, aun cuando jurídicamente no fuese necesario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86, 6.º, del Reglamento del Registro Mercantil; que de mantenerse el criterio del Registrador no sería posible la inscripción de ningún poder a favor de una persona jurídica; que siempre se ha admitido esta forma de poder y así lo hace la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias resoluciones, entre ellas la de 4 de enero de 1902, cuando determina que el que concurre a un acto por el cargo que ejerce no necesita sino justificar el ejercicio del mismo; que la publicidad registral es suficiente cuando se determinan los cargos; que el poder cuya inscripción se deniega ha sido previamente inscrito sin dificultades en los Registros Mercantiles de todas aquellas provincias donde el Banco Mercantil e Industrial tiene establecidas sucursales, y que incluso en el Registro Mercantil de Valladolid podrían probablemente hallarse antecedentes de inscripción de poderes análogos al debatido; que la aceptación del restringido criterio del funcionario calificador produciría grandes dificultades en el tráfico bancario, por el retraso que supondría el otorgamiento de un poder nominal y su posterior inscripción teniendo en cuenta los frecuentes cambios de titularidad de los cargos por diversos motivos (traslados, ascensos, etc.).

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que conforme a lo preceptuado por el artículo 86, 6.º, del Reglamento del Registro Mercantil, y en contra de la afirmación del recurrente, es necesaria la inscripción del poder conferido en la escritura

calificada, por cuanto la constitución y cancelación de hipotecas es un acto sujeto a inscripción; que la resolución de la Dirección General de 4 de enero de 1902, citada por el recurrente, no tiene ninguna relación con la nota objeto de recurso; que la inscripción de la escritura calificada redundaría en menoscabo del principio de publicidad conferido al Registro Mercantil por los artículos 30 del Código de Comercio y 2 del Reglamento del Registro Mercantil, base y esencia de la institución registral, lo que hace que el fondo del problema planteado no sea materia opinable, no siendo, por tanto, el criterio del Registrador susceptible de variación en aras de la unificación de pareceres; que la relación de apoderamiento está supeditada a su constancia en documento público, conforme a lo determinado en los artículos 1.280, 5.º, del Código civil, y 90 del Reglamento del Registro Mercantil, pudiendo quedar indeterminada la persona del Apoderado para ser determinada *a posteriori*, siempre que se sienten en la escritura las bases de la determinación, que, en principio, no pueden ser otras que un nuevo documento público u otra escritura, pero nunca una simple certificación bancaria, como se pretende, y si esto es así, la agilidad del tráfico bancario no ganaría nada con la inscripción, puesto que se requeriría otra escritura posterior concretando la persona del Apoderado; que el criterio que considera que una certificación con firmas legítimas es suficiente para la determinación de la persona del Apoderado choca con el artículo 257 del Reglamento Notarial, que autoriza a los Notarios para la legitimación de firmas puestas al pie de documentos privados o certificaciones con tal que estos documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1.280 del Código civil; que en consulta formulada por la Asesoría Jurídica del Banco de España a la Dirección General de los Registros y del Notariado, resuelta el 8 de enero de 1974, se planteaba el problema de si los poderes otorgados genéricamente a determinados cargos podían surtir efectos en el Banco de España completándose la identificación con un certificado expedido por el Consejo de Administración del Banco con firmas legitimadas, a lo que la Dirección General no encontró inconveniente, pero que el caso debatido es distinto, ya que supone dar validez como identificación complementaria suficiente y con efectos ante el Registro al certificado expedido por el Gerente de un determinado Banco o por el Director de los Servicios Centrales u otro empleado con firmas legitimadas, mas al que no corresponde legalmente la representación del mismo por no pertenecer al Consejo de Administración como Apoderado con facultades para expedir tal certificación; que al resolver la consulta formulada, la Dirección General insistió mucho en que la representación de las entidades bancarias ha de emanar de lo que proclame el Registro Mercantil, y para cumplir esta exigencia, contenida en el artículo 86, 6.º, del Reglamento del Registro Mercantil, las nuevas escrituras que determinen la persona concreta del Apoderado o los certificados legitimados en su caso, deben constar en el Registro Mercantil por nota marginal o de otro modo, única forma de que escrituras como la calificada produzcan sus efectos, por lo que la inscripción de escrituras sin determinación de la persona del Apoderado no agilizaría el tráfico bancario; que en la escritura debatida ni se determinan las personas de los Apoderados ni se establecen las bases para su determinación, por lo que su inscripción produciría, como consecuencia, que la función de publicidad conferida al Registro por los artículos 30 del Código de Comercio y 2.º del Reglamento del Registro Mercantil se desplazase a los archivos de la entidad bancaria; que en la citada escritura se va incluso más lejos, ya que la entidad poderdante no sólo está indeterminada, sino que a veces es inexistente, y que, en definitiva, vuelve a insistir que si se accediese a la inscripción solicitada supondría para la agilidad del tráfico jurídico y sí un detrimento para la publicidad registral.

Y la Dirección General acuerda (1) confirmar los defectos 1.º y 2.º de la nota y revocar el 3.º en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección General.—En este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible en el Registro Mercantil la escritura de apoderamiento otorgada por el Banco Mercantil e Industrial a favor de las personas que ejerzan los cargos de Directores, Subdirectores, Interventores y Apoderados de las sucursales que el mencionado Banco tenga establecidas en la actualidad o establezca en el futuro, los cuales podrán ejercitar las facultades que en concreto se les confieren una vez acreditado, con la oportuna certificación expedida por el Banco, haber sido designados para ejercer cualquiera de dichos cargos.

La organización de las funciones de gestión y representación en las personas jurídicas en general, y en particular en las Sociedades, está condicionada por la dimensión que alcancen y por las características de la actividad en que operen, lo que origina que entre las diversas alternativas que la regulación ofrece—administración unipersonal o colegiada, centralizada o descentralizada, distribuida según criterios funcionales o territoriales—haya de proceder la Sociedad a articular libremente los órganos de administración según las particulares exigencias de la propia Empresa.

Al tratarse de una Sociedad que por su complejidad y por la extensión territorial de sus operaciones no permite al Consejo de Administración o a las comisiones ejecutivas que de su seno puedan surgir desplegar toda la actividad que sería necesaria para la buena marcha de la Empresa, por lo que una racionalización del trabajo y una mejor organización de la Sociedad exige que, al amparo de lo establecido en el párrafo 1.º, *in fine*, del artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, puedan, mediante los oportunos apoderamientos, descentralizar algunas de las funciones en favor de aquellos que mediante una relación de arrendamiento de servicios ostentan un cargo dentro de la propia Empresa y no pertenecen al Consejo de Administración.

La publicidad registral mercantil, en lo que se refiere a los apoderamientos, no tiene la significación de un requisito para la inscripción de los actos representativos que otorgue el Apoderado y que sean inscribibles, sino que, por el contrario, se trata de una publicidad de efectos sustantivos que, según el artículo 29 del Código de Comercio, supone una carga para el poderdante y una protección para el tercero que contrata con el representante del Apoderado, cuando este tercero actúa de buena fe por desconocer los términos del poder.

Entrando, en concreto, en el examen de la nota, y en relación a los dos primeros defectos, cabe observar que la representación mercantil aparece justificada o en la apariencia jurídica de hecho—artículos 283 y 286 del Código de Comercio—o en el apoderamiento otorgado conforme a derecho con las formalidades establecidas en nuestras leyes, y fundamentalmente en el artículo 1.280, 5.º, del Código civil, que exige el otorgamiento de escritura pública.

Es evidente que el Registro Mercantil no es el cauce adecuado para la publicidad de los elementos de hecho de una Sociedad o Empresa Mercantil—como en parecida medida sucede en el Registro de la Propiedad, en que los principios hipotecarios no se aplican al simple hecho de poseer, artículo 5 de la Ley Hipotecaria—, dado que toda la publicidad registral se mueve dentro del campo de la apariencia jurídica formal, y por ello no sólo no pueden tener acceso al Registro los apoderamientos que resultan de una situación de hecho, sino tampoco aquellos otros en que todo el negocio representativo no aparezca completo en el documento que lo for-

(1) VISTOS los artículos 16, 29 y 30 del Código de Comercio; 2, 86, 90 y 97 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956; 164 y 165 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, y la Resolución de 8 de enero de 1974 (Servicio 3.º).

maliza, como sucede en el presente caso, en donde la escritura calificada designa genéricamente al Apoderado sin individualizarlo, ya que esta individualización queda prevista se verifique por medio de certificación de la Sociedad poderdante, mero documento privado, con lo que se infringe lo dispuesto en el artículo 1.280 del Código civil y se deja incompleta la publicidad documental del título de apoderamiento que regula el artículo 1.219 del mismo Cuerpo legal, por lo que no cabe su inscripción al oponerse a lo establecido en el artículo 90 del Reglamento del Registro Mercantil.

No se ve ningún inconveniente en que el apoderamiento pueda estar comprendido en dos o más escrituras públicas, una de ellas con el contenido de la que ha sido objeto de calificación y la otra u otras en que se individualicen personalmente los Apoderados, ya que en este caso aparecen cumplidas las exigencias de los artículos 1.219 del Código civil y 164 y 165 del Reglamento Notarial, en cuanto que la segunda o ulteriores escrituras desarrollan o completan la primera anterior, y esta forma compleja de documentar el apoderamiento es perfectamente inscribible, al amparo del mencionado artículo 90 del Reglamento.

Finalmente, en cuanto al tercer defecto, la inscripción de las sucursales no es estrictamente necesaria, según declaró la resolución de 8 de enero de 1974, y, por tanto, mientras no se practique la inscripción separada en el Registro Mercantil a que corresponda la sede de la sucursal —artículo 97 del Reglamento que lo regula—, los poderes deberán inscribirse, conforme a las normas generales, en la hoja abierta a la Sociedad en su domicilio social, y sólo a medida que se vayan creando las nuevas sucursales y se haya abierto su hoja correspondiente procederá practicar los asientos pertinentes, sin que el hecho de que en un futuro puedan crearse nuevas sucursales sea un obstáculo para realizar las inscripciones que procedan en las ya creadas y en las que se ha solicitado se lleven a cabo.

COMENTARIO.—1. Ante todo, pondremos de manifiesto que el Registrador de Valladolid en ningún momento considera nulo, ineficaz ni incompleto el negocio de apoderamiento si no está otorgado a favor de persona determinada individualmente y no por circunstancias, como las de ostentar un cargo, empleo o destino. Por ello, sus motivos de denegación se centran exclusivamente en problemas de forma y de publicidad de un negocio perfectamente válido y normal desde el principio, aunque necesite completarse en momento posterior con un hecho en sí independiente del negocio unilateral de apoderamiento. Para mi modesta opinión, todo el recurso se resiente de no haberse planteado, en primer término, el interrogante sobre la posibilidad o, al menos, las características especiales de tales apoderamientos, porque lo cierto es que el poder, por muy grandes que sean las posibilidades que nuestro Derecho positivo conceda para abstraerle del negocio causal básico (mandato, sociedad, etc.), y creo que son bastante pequeñas, siempre habrá de considerarse un negocio jurídico constituido por una declaración de voluntad *recepticia*, y mal cabe la recepción por persona futura o indeterminada. Y ello prescindiendo de la cuestión del *intuitu personae*, tan decisivo en todo apoderamiento.

En segundo lugar, contribuye a cierto confusiónismo, en la doctrina sentada por la Dirección, haber estimado como tres defectos independientes las tres razones de la denegación que aparecen en la nota del Registrador, que no pasan de ser tres meros argumentos en pro de la denegación, ninguno de ellos el verdadero motivo de la misma. Por considerar los defectos independientes, la revocación del mal llamado defecto tercero parece conducir a la solución de que la escritura discutida sería inscribible en cuanto a los Directores futuros de las sucursales futuras; precisamente lo

menos defendible. Es preciso completar con imaginación el considerando último y la revocación del supuesto defecto tercero.

2. El Registrador en el acuerdo, no decidiéndose a considerar nulo, inexistente o incompleto el negocio del apoderamiento a favor de persona indeterminada, admite que el Apoderado pueda ser determinado *a posteriori*, pero siempre que se sienten en la escritura las bases de la determinación, las cuales—afirma—no pueden ser otras que un nuevo documento público o escritura y nunca una certificación bancaria, como se pretende. Igual que en la nota, se traslada el problema de la posibilidad y estructura del poder a cargo, al problema de la forma del nombramiento para el cargo, a efectos de completar la determinación del Apoderado ante el Registro Mercantil.

También rechaza el acuerdo la posibilidad de que la determinación de la persona del Apoderado pueda estar documentada en certificación del Banco o Sociedad con firmas legitimadas, basándose en que el artículo 257 del Reglamento Notarial prohíbe *a sensu contrario* las legitimaciones de firmas puestas en documentos comprendidos en el artículo 1.280 del Código civil, cuales son los poderes para administrar bienes o que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública. No creo muy seguro que la prohibición de dicho artículo impida una legitimación de firma en un documento relativo a un nombramiento, credencial u oficio de destino. La dificultad deriva de otra cosa, que para mí consiste en que el binomio apoderamiento a cargo y nombramiento para el cargo debe formar un conjunto en el que posiblemente el segundo momento (nombramiento) es, en definitiva, el más decisivo en tales especiales negocios de apoderamiento. La determinación de las facultades representativas que el Director de sucursal (por ejemplo) ha de tener (contenidas en la escritura de poder a cargo) guardan más proximidad con las cláusulas estatutarias determinantes de las facultades de los órganos sociales, o con las delegaciones de facultades de los órganos sociales a sus miembros, que con los poderes que la persona física que ostenta un órgano social pueda hacer a un empleado de la sociedad o a un extraño para la realización de actos determinados en nombre de la misma. En realidad, estamos ante las constantes dificultades para separar en materia de personas jurídicas la representación legal, la voluntaria y la orgánica.

La lectura de la nota de calificación parece indicar el deseo del Registrador de rechazar el poder a favor de persona no determinada individualmente *in actu*, aunque sí determinable en el futuro por cualidades o circunstancias; pero no encontrando texto legal para fundar la imposibilidad de tal figura, se contenta con alegar que la determinación del Apoderado (elemento fundamental en el poder) queda sin cubrir por la forma pública (motivo 1.º de denegación); que la publicidad registral del apoderamiento queda, en parte (en cuanto a esa misma determinación del Apoderado), sustituida por una publicidad privada (la que se dé al acto privado de nombramiento (motivo 2.º), y, en fin, porque el poder queda otorgado a favor de inexistentes empleados de inexistentes sucursales (motivo 3.º, con el cual está casi a punto de mantener la tesis de la invalidez del apoderamiento a favor de persona a determinar en el futuro).

3. Entre las alegaciones del recurrente podemos señalar como más interesantes la de analogía con los poderes a favor de personas jurídicas, la de analogía con los otorgamientos hechos por personas en razón de sus cargos y la de que la publicidad registral es suficiente y completa cuando se determinan los cargos. Otras alegaciones tienen menos valor, como la de la buena voluntad del Banco al inscribir en el Registro Mercantil todos sus poderes, incluso los de inscripción no obligatoria, conforme al artículo 86, 6.º, del correspondiente Reglamento, y la del precedente de haberse inscrito sin reparos anteriormente escrituras similares, incluso en el mis-

mo Registro. De valoración difícil, como siempre que se esgrime, es la de los inconvenientes prácticos, que no se concretan, del cambio de criterio.

Como confirmación de que nunca se han puesto obstáculos a poderes como el denegado cita la resolución de 4 de enero de 1902, que vino a determinar, según el recurrente, que el que concurre a un acto por el cargo que ejerce no necesita sino justificar el ejercicio del mismo. El Registrador en su acuerdo dice que tal resolución no tiene ninguna relación con la nota objeto del recurso y la Dirección no la incluye en el vistos. Es cierto que el caso ofrecía diferencias importantes, pero no puede negarse que guarda cierta relación con el problema ahora planteado (2).

Los mejores esfuerzos del Registrador en su acuerdo van dirigidos a demostrar que el de la Dirección General de 8 de enero de 1974, contestando a consulta formulada por el Banco de España, no conduce a la admisión de la certificación bancaria como suficiente para completar el poder notarial a cargo, en la forma que el Banco Mercantil e Industrial pretende. Sus esfuerzos se han visto recompensados al acordar la Dirección confirmar los defectos 1.º y 2.º de la nota, pero restan algunas dudas sobre si el criterio del Centro Directivo era el mismo en 1974 y ahora, porque si bien es verdad que el Banco de España consultaba si él podía admitir la certificación bancaria del cargo y no la clase de documento que debía pedir el Registrador Mercantil para completar la inscripción del poder a cargo, lo cierto es que tanto la consulta como la contestación a la misma parecían tener un ámbito más general en cuanto al valor de la certificación, aunque no es menos cierto también que puede observarse una extremada cautela en la contestación de la consulta e incluso una interna contradicción en algunos de sus pasajes. También es extremosa la cautela del Registrador calificador, pues si el Banco Mercantil Industrial pretendía que se le admitiera certificación del nombramiento expedido por la entidad bancaria, como en el resultando primero se lee, no queda claro por qué el Registrador prevé que la certificación iba a ser expedida por el Gerente, por el Director de los Servicios Centrales o por otro empleado, ya que en su mano, o en la de sus sucesores, estaba apreciar quién tenía facultades para certificar del nombramiento, en representación del Banco a efectos de completar el poder a cargo.

4. Los ocho considerandos de la resolución, prescindiendo del primero, que se limita al planteamiento del caso, y del octavo, que dejamos para el final, podemos clasificarlos así:

Considerandos segundo y tercero: están dedicados a exponer la muy varia estructura de las personas sociales y la necesidad de que las socie-

(2) Se trataba de una cancelación de fianza hipotecaria constituida en garantía de la gestión de un Recaudador de Contribuciones, otorgada por el Director de la Sucursal del Banco de España de Valladolid—curiosa coincidencia—en representación de dicho Banco, haciendo uso de una autorización del Subgobernador y al amparo de un acuerdo del Consejo de Gobierno facultando a los Directores de Sucursales, previa autorización del Gobernador o Subgobernador Delegado para el Servicio de Contribuciones, concedida después de informe de la Sección Central Liquidadora, acuerdo coincidente con una Circular del Gobernador del Banco. Presentada la escritura de cancelación en unión del nombramiento del Director de la Sucursal, de la Circular del Gobernador y de la autorización del Subgobernador para el acto concreto, el Registrador de Valladolid denegó porque los documentos en que funda su personalidad el otorgante no acreditan en forma la representación que invoca, ni que ésta sea legítima (legal). Por otra parte, la representación del Banco de España por los Directores de Sucursales para todos los asuntos extrajudiciales estaba establecida en los artículos 70 de los Estatutos del Banco y 306 de su Reglamento. La Dirección dijo que el artículo 1.280 del Código no era aplicable al caso porque el Director de la Sucursal no actuaba como apoderado del Subgobernador, sino como tal Director y representante del Banco en la provincia, y si declara no extendida la escritura con arreglo a las formalidades legales es por los dos defectos siguientes: 1.º No constar que la autorización del Subgobernador se ha dado previo informe de la Sección central Liquidadora, y 2.º, faltar la autenticidad—legitimación—de las firmas de dicha autorización, y la legalización de los demás documentos que justifican la personalidad del Director compareciente, confirmando la nota en cuanto esté conforme con este fallo.

La posibilidad de alegar esta Resolución en nuestro caso depende mucho de la naturaleza que se atribuya al Banco de España y a sus variadas funciones por las fechas de aquel recurso (1902).

dades de amplio ámbito territorial recurran al apoderamiento como procedimiento de ramificar por el territorio la actuación de los órganos de administración. Acaso fuesen más congruentes con un fallo algo distinto (no nos atrevemos a decir contrario) al dictado, en cuanto parecen dirigidos a permitir un trato registral de los Directores de sucursales, etc., más cercano al de los Administradores de sociedades mercantiles que al del apoderado mandatario del Código civil (arts. 1.719 y 1.280).

Los considerandos cuarto, quinto y sexto, primera parte, en el terreno de los principios de la publicidad registral mercantil, se reducen a afirmaciones muy generales sobre la misma, que sólo se concretan en la distinción entre apoderamientos, que resultan de una situación de hecho y apoderamientos otorgados conforme a Derecho. Con esta distinción se persigue justificar que en tanto no exista escritura pública con concesión de poderes determinados a persona determinada, ésta es un mero representante de hecho, cuya situación no debe ingresar en el Registro Mercantil. Nos llevaría muy lejos analizar hasta dónde es posible el encaje de tal distinción con el problema planteado (3), pero sí debemos destacar el extraño quiebro que el considerando sexto hace al afirmar que aquellos apoderamientos en que la determinación del apoderado no aparece completa en la escritura («todo el negocio representativo no aparezca completo en el documento que lo formaliza») han de ser asimilados a los de hecho, en cuanto a no poder tener acceso al Registro. En esta segunda parte del considerando sexto y en el séptimo se condensa toda la doctrina de la resolución: A la vista del artículo 1.280 del Código civil, en tanto no existe individualización del apoderado en documento notarial, el apoderamiento no está completo para el Registro Mercantil porque la certificación de la sociedad poderdante relativa al nombramiento para el cargo, como mero documento privado, no es admisible por el mismo en materia de poderes.

No es totalmente convincente el giro del considerando sexto, por cuanto queda confuso por qué en tanto el negocio de apoderamiento no está completo, por faltar la individualización del Apoderado en escritura, se está ante un apoderamiento de mero hecho, a pesar de haberse otorgado conforme a Derecho (escritura) el apoderamiento al cargo, y por qué, si puede éste ser escriturado, no puede ser registrado, que es lo que, en definitiva, viene a resolver la Dirección al confirmar la denegación.

Los considerandos se apoyan exclusivamente en el artículo 1.280 del Código civil, aunque éste no resulte citado en el vistos. Ni siquiera siguen al Registrador en su alegación del artículo 257 del Reglamento Notarial, limitándose a la cita de los artículos 164 y 165 del mismo. La cita de los artículos 86 y 90 del Reglamento del Registro Mercantil y el silencio sobre el 108 del mismo demuestra que se pretende mantener el problema dentro de los términos tradicionales del concepto de poder. Pero lo que está claro es que el Centro Directivo no se plantea ninguna duda respecto a la validez y eficacia del poder a cargo ni en general, ni en el supuesto de los concedidos por las Sociedades Anónimas a favor de sus empleados directivos, que han de colaborar, en descentralización (territorial o por servicios), con los Administradores (Consejo de Administración u otros órganos estatutarios de representación y gestión). No sólo no encuentra ningún obstáculo para el apoderamiento a cargo antes de la determinación de la persona individual, que ha de ser apoderado, por haber sido nombrado para el cargo, sino que lo considera muy conveniente, y muy conveniente también que se formalice en escritura pública, sin perjuicio de que después, cuando el cargo se ha cubierto, y suponemos que cada una de las

(3) Y más lejos aún la crítica del símil del Considerando sexto entre el simple hecho de poseer ante el Registro de la Propiedad y el apoderamiento que resulte de una situación de hecho ante el Mercantil. Creemos peligrosísimo el símil en cuanto a través de los artículos 283 y 286 del Código de Comercio puede dejar en el más espantoso ridículo al 29 del mismo

veces que el cargo sea asignado a persona distinta, la escritura de poder a cargo sea completada con la escritura o escrituras públicas en que se formalice el nombramiento o los sucesivos nombramientos.

Yo no estoy tan seguro de que el apoderamiento a cargo, en este supuesto, sea un verdadero apoderamiento, acaso porque no encuentro suficientemente lógico que si lo es, no pueda ser inscrito en el Registro Mercantil, en cuanto esté otorgada la escritura pública, como tal apoderamiento a cargo, pendiente de completar la inscripción en cuanto a la individualización de la persona del Apoderado, igual que lo está la escritura. La explicación de que lo que puede ser escriturado no pueda ser registrado, que la resolución intenta, no es perfectamente diáfana. Y me temo que por el camino iniciado por ella, la doctrina jurídica favorable a la figura de la Sociedad Mercantil irregular, admita también una representación irregular de las Sociedades Mercantiles, figura de la que sería el primer supuesto la de los Directores de sucursales con escritura de poder a cargo, que completada con certificación del nombramiento expedido por la Sociedad, fuese apta para todo el tráfico jurídico, menos para que la representación del Director de sucursal pueda alcanzar la publicidad del Registro.

En cuanto al tratamiento que el último considerando da al mal llamado tercer defecto de la nota partiendo de la voluntariedad de la inscripción de las sucursales, que basa en la resolución de 8 de enero de 1974, parece no ver inconveniente en que los poderes a Directores de sucursales no inscritas y aún no creadas se inscriba en el folio abierto a la central, y a medida que se vayan creando las sucursales, o se vayan inscribiendo por separado las creadas, procederá practicar los asientos pertinentes, sin que el hecho de que en lo futuro puedan crearse nuevas sucursales sea obstáculo para realizar las inscripciones en las creadas en donde se solicite.

Este considerando final y la consiguiente revocación del defecto tercero de la nota es la parte menos clara de la resolución y la que resulta de comprensión más difícil, pues si las inscripciones que se admiten en la hoja de la Central de la Sociedad o Banco son las referentes al apoderamiento a cargo, no se comprende cómo podrán realizarse si se acaba de sentar la doctrina de que estas escrituras no son inscribibles en tanto no sean completadas con otras, en donde se individualice el apoderado por virtud del nombramiento para el cargo. Y si se refiere a la inscripción de las dos escrituras (la de cargo y la de nombramiento), no se comprende cómo puede haberse otorgado la segunda respecto a Directores no nombrados de sucursales aún no creadas. Como el Registrador decía: apoderamientos a favor de empleados inexistentes de inexistentes sucursales. La única manera de interpretar todo esto es entender que el apartado 3.º de la nota no es un defecto más, sino un argumento más para no inscribir los poderes a cargos (y aún menos los poderes a cargos de nombramiento y existencia futuros), y entender que el fallo de la Dirección ha querido decir que la escritura a cargo anterior a la existencia de una sucursal determinada, tan pronto como sea completada con la escritura referente al nombramiento de Director después de creada la sucursal, puede ser inscrita, en cuanto a la sucursal de que se trate, bien en el folio general de la Sociedad o en el independiente de la sucursal, sin que sea obstáculo que la escritura primera (la de apoderamiento general al cargo) sea de fecha anterior a la creación de la sucursal, a la inscripción de la sucursal y al nombramiento para el cargo.

5. El tema de las sucursales dispone de una normativa legal y reglamentaria bastante pobre en general, y especialmente en cuanto a la representación de las mismas, la cual permanece anclada en el polivalente y arcaico concepto de factoría del Código de Comercio.

El artículo 65, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento permite, a quien demande con acción personal a un comerciante que tenga establecimientos en diferentes partidos judiciales, elegir entre el Juzgado del establecimiento principal y el del establecimiento en que el comerciante se hubiese obligado. Este será el establecimiento-sucursal, pero nada aclara sobre el mínimo de representación autónoma en tal establecimiento-sucursal para poder ser lugar que origine la competencia optativa que se establece.

El artículo 21, 4.º, del Código de Comercio impone, como una de las circunstancias de la inscripción del comerciante o Sociedad, la especificación de las sucursales que hubiese establecido, sin perjuicio de inscribir las sucursales en el Registro de la provincia en que estén domiciliadas. Este precepto del Código, coincidiendo con el Derecho comparado (4), parece imponer la obligatoriedad de la inscripción de las sucursales, igual que el artículo 97 del Reglamento del Registro Mercantil, aunque resulte cosa distinta de la resolución que comentamos (considerando último) y de la reseñada de 8 de enero de 1974. Contra el criterio de estas resoluciones creo que la única manera de clarificar el concepto de sucursal con representación autónoma es determinar legalmente que no hay verdadera sucursal sin inscripción en el Registro competente.

El Reglamento del Registro Mercantil tampoco es muy decisivo para aclarar el régimen representativo de las sucursales:

El artículo 71, 4.º, en relación con el 75, entre las circunstancias de la hoja del comerciante individual, exige la calle y número o lugar de situación del establecimiento y de las sucursales o agencias, si las tuviere, dentro o fuera de la provincia, pero nada aclara sobre las diferencias de concepto y de representación de sucursales y agencias.

El artículo 88, entre las circunstancias de la inscripción de las sucursales en España de las Sociedades extranjeras, incluye la «persona que ejerza la administración en España (nombre y apellidos y circunstancias que se les haya conferido)». El artículo 89, referente a la Sociedad extranjera que adquiriera nacionalidad española, dispone que, en su caso, se observará lo dispuesto en el artículo anterior, o sea, que si además establece sucursales, se indicarán las personas que ejerzan la administración de la sucursal y sus facultades.

Y, por fin, el artículo 97, el que más se aproxima a nuestro problema, se limita a decir, en cuanto a representación, que en la inscripción de la sucursal se hará referencia a los órganos centrales de administración de la Sociedad y de sus representantes y gestores en dicha sucursal. Nada más sobre naturaleza, nombramiento y origen de las facultades de esos representantes y (?) gestores de la sucursal.

FERNÁNDEZ PURÓN, en su interesante conferencia sobre sucursales, en el Colegio Notarial de Madrid, aparte de todos estos preceptos maneja,

(4) La obligatoriedad de la inscripción de las sucursales en el Registro Mercantil italiano no parece ofrecer dudas. El Código civil, después de imponer la inscripción de la empresa como obligatoria en el 2.196 (sin perjuicio de la excepción del 2.202 para los pequeños empresarios), dedica el 2.197 a las sedes secundarias (sucursales), disponiendo que el empresario que establezca sedes secundarias con una representación estable debe pedir la inscripción de tal establecimiento en el Registro de la sede principal en el término de treinta días, y, en el mismo término, debe pedir la inscripción de la sucursal en el Registro del lugar de la sede secundaria, inscripción en la cual, además del domicilio de la sede principal, constará el nombre y apellidos del representante nombrado para la sede secundaria, quien, además, debe hacer el depósito de su firma autógrafa en este último Registro. A continuación el precepto establece normas paralelas para las empresas que tienen la sede principal o sedes secundarias con representación estable en el extranjero. Similar régimen para las sedes secundarias de las sociedades en los artículos 2.299, 2.315, 2.330, etc.

Consecuencia directa de esta obligatoriedad de la inscripción de la sucursal y de su representación son las normas de los artículos 1.834 y 1.843 del Código italiano. En el depósito bancario de dinero y en el contrato de apertura de crédito bancario, salvo pacto en contrario, las entregas y reembolsos se verificarán cerca de la sede (sucursal) en que se haya constituido la relación. Parte el Código de que nunca falta una publicidad registral, en garantía del tercero, del funcionamiento autónomo de la sucursal con plena capacidad para contratar y obligarse por medio del representante de la misma (2.197) inscrito en el Registro

para intentar determinar la esencia y características diferenciales de la sucursal, los artículos 85 (almacenes y tiendas), 283, 285, 286, 287 y 289 del Código de Comercio, los cuales, en cuanto admiten Gerentes-Factores por cuenta ajena de una empresa o *establecimiento* para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes al establecimiento, permiten mantener que al frente de una sucursal puede haber un Gerente-Factor con determinada autonomía representativa, y especialmente el último de dichos preceptos, al establecer la posibilidad de que las multas impuestas al factor por contravenciones en las gestiones de su factoría se hagan efectivas, desde luego, en los bienes que administre (los de la sucursal factoría), tiñe de autonomía patrimonial la sucursal, sin perjuicio del principio de responsabilidad patrimonial universal.

La doctrina mercantil sobre sucursales no parece ser tampoco muy concluyente en el problema de la estructura y requisitos de la representación orgánica de las sucursales, en cuanto ha sido posible un recurso tan vacilante sobre una cuestión tan cotidiana. El mismo concepto de sucursal no es pacífico ni puede serlo, por cuanto la desmembración territorial de las empresas reviste características muy variadas según el tipo y volumen de las mismas (5). Todas las definiciones y enumeraciones de características diferenciadoras de la sucursal de los diversos autores incluyen la nota de actividad y representación organizada, continuada y estable (FERRI, FORMIGGINI, GARCÍA TREVIJANO); la representación estable es también la característica diferencial de la sede secundaria en el Código civil italiano. Otras características que suelen señalarse, aparte de la identidad de empresario y de actividad con la central, es la de cierta autonomía del representante de la sucursal en sus facultades decisorias y de disposición. De todas maneras, no es fácil, en todo caso, la distinción de la sucursal con las figuras afines: sociedad filial, agencia, etc., porque, como decimos, su estructura y la autonomía de su representación es muy diversa, según la clase de empresa.

Por otra parte, con esta variedad en la estructura de las sucursales de las distintas clases de Empresas (por su objeto, volumen, etc.), hay que conjugar una evolución histórica en los requisitos de forma de la representación de las sucursales, paralela a la de la representación orgánica de Sociedades en general. Esta evolución histórica viene determinada por la transformación de la representación del comerciante individual y social de un mecanismo de un tiempo en un mecanismo de dos tiempos, como consecuencia de una complicación no muy bien explicada, pero posiblemente inevitable.

Esa transformación la vemos comparando el régimen del Código de Comercio (arts. 21, 6.º, y 151, etc.), en el que normalmente el Factor, Gerente o Administrador de la Sociedad resulta de un acto único, en el que a la vez nace el órgano, se determinan sus facultades (si es que no están determinadas *ex lege*) y se designa la persona física representante, y el régimen actual, en el que casi toda la representación mercantil se va viendo arrastrada un tanto por el sistema de las grandes Compañías Anónimas (arts. 11, h), y 71 de la Ley de Sociedades Anónimas), en el que se separan, cuando menos, dos momentos, el de erección del órgano y determinación de sus facultades y el de nombramiento y aceptación (que, a su vez, suelen separarse) de la persona física designada para el cargo. De esta evolución complicadora (6) han surgido todas las vacilaciones en materia de forma y documentos inscribibles tratándose de representación

(5) LANGLE: *Manual de Derecho Mercantil español*, I, 1950, págs. 388 y 807; GARCÍA TREVIJANO: *Revista de Administración pública*, núm. 17, pág. 179. FERNÁNDEZ PURÓN Conferencia en Colegio Notarial no publicada; ARECHA: *La empresa comercial*, 1950.

(6) Relacionada principalmente con la temporalidad de los cargos de administración, pero también con exigencias institucionales de la representación orgánica, aun cuando los nombramientos tengan duración indefinida.

orgánica, que han tratado de remediar con escaso éxito los artículos 86, 5.º y 6.º; 90; 108; 121, etc., del Reglamento del Registro Mercantil. Los malabarismos doctrinales para distinguir los poderes generales de las atribuciones de facultades a los órganos de administración o gestión social y a las personas físicas que ostentan los cargos, son insuficientes para ocultar que en el fondo de todo este problema aparecen razones prácticas de agilizar las formalidades de la representación orgánica, excesivamente complicadas si se pretende que el instrumento público aparezca en todos y cada uno de los varios y separados momentos del montaje de la misma.

Creo que la representación de la sucursal debe ser reconducida a una casuística lo más simple posible dentro de estos dos extremos: uno, la escritura ordinaria de mandato de un comerciante individual (empresario individual) al Gerente o Factor de la sucursal, con determinación de las facultades concedidas y aceptación de éste, todo lo cual puede ir unido en el mismo acto creador de la sucursal, de naturaleza y requisitos tan escasamente dibujados por el Derecho positivo. El otro extremo, el de máxima complicación, en las grandes Sociedades Anónimas, en que se determinaría estatutariamente los requisitos y competencia para la creación de sucursales; los órganos de gestión y representación autónoma de éstas integrados con o separados de los órganos generales de la Sociedad e incluso las facultades del Director de la sucursal y de otros cargos de administración de la misma, en su caso; el órgano competente para la designación de las personas encargadas de la sucursal, etc., y luego la designación concreta de los Administradores de la sucursal (normalmente, el Director) podría quedar relegada a los requisitos formales, menos rigurosos, del artículo 108 vigente o del que en su día venga a perfeccionarlo, en su caso. La aceptación también quedaría beneficiada por esta tolerancia en los requisitos formales, fuese unida o separada al acto de nombramiento (7).

La exigencia de dos escrituras aumenta, sin duda, la seguridad jurídica, pero no es seguro que existan razones para negar la aplicación analógica del artículo 108 al acto y a la inscripción del nombramiento de un Director de sucursal, que no es lógico que tenga un trato más honorable (y más riguroso) que el Administrador o Administradores de la misma Sociedad a la que las sucursales pertenecen. El Administrador puede inscribir su nombramiento por cualquiera de los procedimientos del artículo 108; el Director de una sucursal necesita siempre escritura pública para inscribir su nombramiento, además de la escritura anterior, en que se estableciese el *status* de la sucursal y de su órgano de representación.

Es cierto que podemos acumular muchos argumentos para romper la analogía que pretendemos; es cierto que es muy distinto un miembro del Consejo de Administración de un Director de sucursal que no sea miembro del Consejo de Administración. Pero intuitivamente, y si prescindimos de conceptualismos jurídicos, creemos que aun rota la razón de analogía, algo nos dice que el criterio tolerante del artículo 108 cuadra aún más para el Administrador y representante de la sucursal que para el de la Sociedad matriz.

Pero en materia de formalidades de la representación de Sociedades no puede acudirse mucho a la lógica. Así, por ejemplo: para la inscripción del nombramiento de Administradores de la Sociedad Anónima, aunque no sean accionistas (cosa posible, conforme al art. 71 de la L.S.A.), se admite cualquiera de los documentos del artículo 108 del R.R.M.; para lo mismo de la S.R.L., si no son socios, se exige escritura pública (artículo 121 del R.R.M.).

(7) Si en la escritura de constitución no estuviesen escriturados los referidos extremos sobre representación de las sucursales, sí tendrían que ser éstos objeto de una escritura pública, pero luego la inscripción de la persona física designada para el cargo se beneficiaría del criterio tolerante del artículo 108.

De todo lo dicho podemos hacer el siguiente resumen de consideraciones en torno al sentido de la resolución comentada:

- No debe estimarse que siente una doctrina general sobre la forma de reflejar en el Registro Mercantil la representación de todo tipo de sucursales. No debe tener interpretación extensiva, pues probablemente ha de reconducirse al caso directamente contemplado y estimarse únicamente encaminada a impedir que las grandes Sociedades, a través de la inscripción de un único poder genérico a cargos, tengan por cumplida su obligación de publicidad de todas y cada una de las representaciones de sus múltiples sucursales.
- Tampoco debe considerarse como doctrina de la Dirección General sobre el poder otorgado a favor de persona no determinada, sino por ostentar un determinado cargo, de manera que el apoderamiento ha de irse sucesivamente transfiriendo a quien en cada momento le ostente. El análisis de esta figura constituye un importante capítulo del estudio de la naturaleza causal o abstracta del poder, de su deslinde con el mandato y de la nota de *intuitu personae* del mandato y del poder. La posibilidad, validez y caracteres de esta figura dependerá de las modalidades muy distintas que puede revestir en relación a su relación causal, fin e incluso motivos (8). En el supuesto del recurso, acaso nos encontremos más que ante un propio apoderamiento a cargo, ante una figura de representación orgánica, de tan específicas particularidades, y para algunos, *tertius genus* entre la representación legal y la voluntaria propias.
- Aunque indudablemente se trata de un caso de representación orgánica, por la escasa regulación legal de las sucursales y especialmente por la falta de coordinación de esta figura de desmembración de la Empresa con los órganos de administración de la Sociedad, cuando se trata de Empresa de la que sea titular una Sociedad, se suele recurrir a la figura del poder ordinario mercantil, aun a riesgo de configurar una estructura muy dudosa en cuanto a la relación causal, al tenerse que mezclar en dosis indeterminadas el mandato civil, el factor mercantil y el arrendamiento de servicios actualizado (contrato de trabajo), y ello a pesar de intuirse que el funcionamiento autónomo de la sucursal, centro de giro con su propia administración (LANGE), aconseja asimilar al representante de la sucursal a los administradores de la Sociedad titular de la Empresa a la que la sucursal pertenece, prescindiendo un tanto del poder ordinario y del arrendamiento de servicios.
- Por este camino no sólo las necesidades prácticas, sino una auténtica razón de analogía, obligan a tener en cuenta el benévolo criterio formal del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil para conceder una tolerancia del documento privado notarialmente autenticado para la segunda fase de los apoderamientos de Directores de sucursales, ya sea que la primera fase haya sido subsumida en las normas estatutarias de la Sociedad, ya haya sido objeto de una escritura de apoderamiento o delegación general a los Directores de sucursales creadas o por crear, concedido por el órgano social competente, poco precisado por la legislación y doctrina sobre sucursales.
- Naturalmente, y por último, la conveniencia de la aplicación analógica del artículo 108 no obsta a la de que este precepto sea en el futuro objeto de reconsideración, como otros muchos referentes

(8) Pensemos en las diferencias de todo tipo que median entre el supuesto de la Resolución y un verdadero poder a cargo, como, por ejemplo, el dado a favor del párroco, alcalde, etc., de un pueblo para administración de fincas

a los requisitos formales de numerosos actos, negocios y acuerdos de órganos sociales, objeto de inscripción en el Registro Mercantil. Creemos que la regulación vigente unas veces se excede en el formalismo sin motivo razonable y otras se queda corta. Concretamente, en nuestro caso, y ajustándonos a la doctrina formalística sentada por la resolución, acaso resulte insuficiente, y por ello inútil, el duro eslabón de la escritura pública relativa al nombramiento del Director de sucursal, si pertenece a una cadena en que otros eslabones no quedan garantizados en la misma forma (acuerdo social sobre cómo se crean sucursales, acuerdo de creación de una determinada sucursal, acuerdo social de quién nombra a los Directores, acuerdo de nombramiento de un Director determinado, aceptación de éste).

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL. LEGITIMACION ACTIVA DE CUALQUIER COPROPIETARIO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD. DIFERENCIA ENTRE UNA CUESTION DE PRUEBA Y UN PROBLEMA DE LEGITIMACION PASIVA (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—El Procurador don Tomás Salas Villagómez, en su propio nombre y en el de las Comunidades de Propietarios «Emperador» y «Padilla», constituidas para la construcción de dos edificios en la Gran Vía de Salamanca, presentó demanda contra don Vicente Sánchez Pablos y las Sociedades «Acem, S. L.», y «Oro, S. L.», alegando que el demandado, don Vicente Sánchez, promotor y constructor de viviendas, se había encargado de la construcción de los dos edificios, constituyendo dos Sociedades para la promoción y construcción: «Acem» y «Oro», respectivamente; que dicho demandado actuó de forma que motivó enfrentamientos con el Ayuntamiento, con las consiguientes inspecciones y paralizaciones en las obras, produciéndose una demora en la terminación de los edificios y una serie de defectos y excesos en el proyecto; que el señor Sánchez Pablos se ha apropiado de una porción de terreno que en los proyectos estaba destinada a vertedero de basuras en cada edificio, y que al haberse suprimido ese destino debe declararse de propiedad y uso común de los comuneros; que ha realizado obras en el sobre-ático que no estaban proyectadas, así como las realizadas en las plantas bajas y entreplantas de ambos edificios. Por todo ello suplica se dicte sentencia con los pronunciamientos oportunos, condenando también al demandado a que entregue los pisos y rinda las cuentas de su mandato.

Contestada la demanda y formulada reconvencción para que se abonen las cantidades que se adeudan por los actores, y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número 2 de Valladolid dictó sentencia, estimando en lo fundamental la demanda. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, salvo en

algunos extremos concretos sobre destrucción de obras e indemnización, en que revoca la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar el «considerando» primero:

«Considerando que al acusar los motivos primero y segundo del recurso la violación de la doctrina legal, según se dice, proclamada en las sentencias que se citan en uno y otro, no se intenta sino combatir la recurrida sentencia, denunciando la defectuosa constitución de la relación procesal o litisconsorcio necesario; en el primero, en cuanto no intervienen en el proceso como actores o demandados algunos de los comuneros, y en el segundo, al no haber sido demandado el Arquitecto Director del proyecto y de su ejecución, a quien le atribuyen, en su caso, la responsabilidad por el retraso en la ejecución de obras, extremo éste que en la demanda se le imputa al demandado y hoy recurrente; mas siendo lo cierto, y es la tesis que sustenta con propiedad la recurrida sentencia, que cualquier copropietario puede comparecer en juicio ejercitando en su propio nombre y en el de la Comunidad cualquier derecho de la misma, sin que se haga preciso la concurrencia de la totalidad de los que la integran, toda vez que la eficacia de la sentencia queda limitada, respecto a los que no fueron parte en el pleito, solamente en lo que les favorece, sin que en lo adverso les perjudique, por lo que ni son condenados sin ser oídos y vencidos en la litis ni se altera la veracidad de la cosa juzgada, no puede decirse, como se argumenta en este primer motivo, se viole dicha doctrina, correspondiendo además la de las sentencias que se citan a supuestos de litisconsorcio pasivo necesario motivado por la relación jurídico-material que une a los que fueron demandados y a aquellos que no fueron traídos a los autos, por tanto, muy distinto al que lo es en el presente juicio, por lo que el motivo ha de ser desestimado, y como, en cuanto al segundo, en verdad, el problema que se plantea no lo es de forma, sino de fondo, pues no trata el recurrente sino de derivar la responsabilidad que se le exige hacia tercera persona, y, por tanto, cuestión de prueba, que de serle favorable daría lugar a su absolución sin condena a esa tercera persona, este segundo motivo, al igual que su anterior, ha de ser también desestimado.»

USUCAPION. POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. CAMBIO DEL CONCEPTO POSESORIO. DISTINCION CON POSESION DE BUENA FE. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. PUBLICIDAD DE UNA SENTENCIA SIN NECESIDAD DE QUE SE APORTE EN AUTOS EL TESTIMONIO DE LA MISMA (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—Doña Antonia Puchol Puchol formula demanda contra don Salvador Fort Moratal, doña Rosa Fort Martí y doña Antonia y doña María Fort Moratal, estableciendo: que adquirió por herencia de su esposo una finca de seis hanegadas en término de Gandía, inscrita en pleno dominio a nombre de la actora, a través de un tracto registral que arrancaba precisamente de una inscripción primera de posesión a nombre del padre de los demandados, el cual vendió la finca en el año 1915, y posteriormente pasó a la actora, según queda dicho; que los demandados poseían esa porción en precario, sin título frente a la actora, a pesar de que la inventariaron como formando parte de dos fincas en la escritura de partición de herencia de su padre, consiguiendo su inmatriculación a través del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por describirse con distintos linderos,

todo ello a pesar de que el causante ya la había vendido en el citado año 1915. Suplica se dicte sentencia declarando que la finca es de propiedad de la actora, que se proceda al deslinde de la misma con las que pertenecen a los demandados, decretándose la cancelación de los asientos de inmatriculación por nulidad de las inscripciones en cuanto a la porción de terreno que se reivindica.

El Juez de Primera Instancia de Gandía dictó sentencia estimando la demanda, la cual fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, destacando la doctrina de los «considerandos» tercero y cuarto:

«Considerando que los restantes motivos formulados, hasta el número de trece, están todos ellos destinados a tratar de demostrar que, al margen de la titularidad, que, según se ha visto, está perfectamente acreditada en favor de la reivindicante—actual recurrida—, los en su día demandados y hoy recurrentes habían adquirido la propiedad de la finca discutida por la usucapción extraordinaria que autoriza la legislación vigente, puesto que pública, pacífica e ininterrumpidamente habían poseído la finca de referencia durante más de treinta años, alegato que, como fácilmente se colige del número de los motivos que se dedicaron al tema, se difumina en una serie variada en extremo de modulaciones, ninguna de las cuales, sin embargo, tiene la indispensable fundamentación intrínseca para poder ser estimada, porque todas toman como base el hecho de que los que ahora recurren ignoraban la venta que su padre y causante efectuó en el año 1915, quien, sin embargo, la continuó poseyendo a pesar de la constancia registral de aquella transmisión, así como de los sucesivos cambios de titular hasta el momento actual, siendo a su muerte, acaecida el 28 de agosto de 1942, cuando ellos podrían comenzar a contar el plazo prescriptivo a su favor, pues fue entonces cuando entraron en posesión de la finca discutida, que llegaron a inscribir a su nombre mediante una escritura de manifestación de herencia suscrita por ellos, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, como dos fincas distintas, no obstante la demanda de conciliación que se les hizo el 11 de agosto de 1956 para que entregasen la totalidad del inmueble; situación que duró en el tiempo hasta la iniciación del litigio anterior, terminado con la mencionada sentencia de este Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1971, la cual, con independencia de su posibilidad de interrumpir la prescripción—indebidamente negada en los motivos séptimo, octavo y noveno del recurso—, que se habría producido con la interposición de la demanda inicial del procedimiento a que se refiere y del valor intrínseco de la misma, que sin razón se discute en el motivo décimo alegando error de Derecho en la apreciación de la prueba por el cauce del número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es inquestionable que declara a todos los efectos legales, con la publicidad, notoriedad y repercusión propias de las decisiones del género, que hace innecesaria la constancia de su testimonio al modo pretendido en el motivo quinto; que se hizo además efectiva en forma particularizada en este supuesto; que aquella posesión—en cuanto a la totalidad de la finca de que entonces se reivindicaba una mitad—no era en concepto de dueño, porque existía un propietario a quien legítimamente le correspondía, careciendo por ello del indispensable requisito exigido al respecto por los artículos 447 y 1.941 del Código civil.»

«Considerando que a los indicados efectos es totalmente inoperante el hecho de que los en su día demandados—actuales recurrentes—continuasen en la posesión, pues a partir de entonces no podían serlo con la alegada intención de dueño, entendida en sentido objetivo y legal, sino como sim-

ples detentadores, sin que, consiguientemente, pueda afectar a la verdadera posesión, de acuerdo con lo establecido en los artículos 444 y 1.942, también de nuestro primer Código sustantivo, lo que hace inviable el motivo sexto, que alega violación de los artículos 1.959 y 1.943 del propio Cuerpo legal, junto con el decimotercero, que denuncia igualmente violación de la doctrina jurisprudencial relativa a la usucapión extraordinaria; concepto posesorio que no es posible transformar por la mera voluntad de quien la ostenta, según dijo ya la máxima romana *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, reproducida en todos los ordenamientos modernos, entre otros, el nuestro, donde el artículo 436 del Código civil preceptúa que 'se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario', que se denuncia como infringido en el motivo cuarto, con alegato que se vuelve en contra de la tesis sustentada en el recurso, pues con independencia del significado del término 'concepto de dueño' referido a la entrada o adquisición en la situación posesoria, que nunca puede referirse a la pura motivación volitiva, que llegaría a amparar el despojo cuando se conoce o sabe que hay un legítimo dueño frente o contra el cual se pretende consolidar una posesión sin título alguno, que es cosa distinta del conocimiento o ignorancia requeridos para nutrir el concepto de la buena fe, según los artículos 433 y 1.950 del Código, que parten de la existencia de un título, pero con vicios o defectos que no se conocen—todo ello contrariamente a lo que se sostiene en el motivo decimosegundo—y con independencia asimismo de cuál fuese la verdadera actitud de los hoy recurrentes cuando inician su posesión en el año 1942, es evidente que a partir de la sentencia de este Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1971, saben y conocen perfectamente no ya que su título tenga algún vicio o defecto, sino que carecen de todo título para mantenerse en la posesión, pues la titularidad dominical pertenece a otro, por lo que aun admitiendo que hasta este instante hubiesen poseído en concepto de dueño, desde entonces ya no podían serlo, sencillamente porque había tenido lugar la prueba en contrario exigida para el cambio por el artículo 437 del Código civil, que en la presunción que contiene favorece precisamente a aquel contra quien se alega.»

ACCION REIVINDICATORIA DE UNA ESCUELA POR LOS ADQUIRENTES DE UN GRUPO DE CASAS BARATAS. PRUEBA DEL DOMINIO: NO ES PRUEBA UN DOCUMENTO DEL AYUNTAMIENTO NI UN DOCUMENTO EN QUE CONSTA EL PAGO DE CONTRIBUCIONES. LEY DE RESPONSABILIDADES POLITICAS DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1939: EFECTOS DE LA INCAUTACION. EXTINCION DE LA RELACION DE ACCESORIEDAD DE LA ESCUELA RESPECTO A LAS CASAS (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—Don Sabino Rodríguez González y cuarenta y nueve más interponen demanda contra el Instituto Nacional de la Vivienda, ejercitando la acción reivindicatoria de una escuela que formaba parte de una colonia de casas baratas que les había transmitido el citado Instituto en el año 1949, después de haber incautado esta entidad los bienes de la Cooperativa Obrera para adquisición de casas baratas, de acuerdo con la Ley de 23 de septiembre de 1939 de Responsabilidades Políticas; dicho Instituto reconoció la validez de las cantidades entregadas como amortización con anterioridad a la incautación, otorgando las correspondientes escrituras a favor de los primitivos beneficiarios de las casas o de sus causahabientes, pero no lo hizo así con la escuela, que no ha sido entregada, a pesar de estar concebida desde el principio como algo accesorio de tales casas. Previa-

mente, los actores habían solicitado la entrega de la escuela al Instituto, lo que fue denegado por resolución ministerial, quedando abierta la vía judicial ordinaria a tal fin.

Emplazado el Instituto Nacional de la Vivienda, compareció en autos el Abogado del Estado, contestando a la demanda en el sentido de que todos los bienes de la Cooperativa de referencia pasaron a formar parte del patrimonio del Instituto Nacional de la Vivienda, al quedar comprendida aquélla en la relación de entidades incursas en responsabilidades políticas, de acuerdo con la Ley de 23 de septiembre de 1939, por lo cual la escuela es de la propiedad del Instituto Nacional de la Vivienda, al no haber otorgado la escritura a favor de los adquirentes de las viviendas.

El Juez de Primera Instancia número 11 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, la cual fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que en el primer motivo se denuncia, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error de hecho en la apreciación de la prueba con base en la notificación municipal de 28 de diciembre de 1972, en la que se declara que 'los Servicios Técnicos han comprobado que la propiedad de la escuela corresponde a la mencionada Asociación y no al Ministerio de la Vivienda' y en un recibo de contribuciones especiales extendido a favor de la Asociación de Vecinos de la Colonia Imperial; mas ni tales documentos tienen el concepto de auténticos a efectos de casación, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, ni aun cuando lo tuvieran demuestran el error del Tribunal *a quo*, puesto que ni el Ayuntamiento puede hacer declaraciones de propiedad civil, ni aun hechas éstas pueden en caso alguno constituir título bastante de dominio, ni, por otra parte, el pago de impuesto o contribuciones acredita tal dominio, razones que hacen improsperable el motivo.»

«Considerando que los motivos segundo y tercero, por la vía del número primero del artículo 1.692, denuncian violación del artículo 1.097 del Código civil, si bien mientras el primero se dirige a demostrar la accesoriedad de la escuela respecto de las viviendas, el segundo pretende demostrar la legitimación activa de los demandantes, y ambos han de correr la misma suerte desestimatoria que el primero, puesto que la pretendida accesoriedad desapareció al declarar la Ley de 23 de septiembre de 1939 a la Cooperativa original fuera de la ley, mandando que todos sus bienes pasaran a formar parte del Patrimonio del Instituto Nacional de la Vivienda, y la alegada legitimación activa, al tratarse de *legitimatío ad causam* y no *ad processum* es acertadamente, dice el Juzgador de instancia, cuestión de fondo, que quedó resuelta al desestimar la acción ejercitada.»

ACCION REIVINDICATORIA: PRESCRIPCION. IMPROCEDENCIA DE ALEGAR EL ARTICULO 37, NUMERO 1.º, DE LA LEY HIPOTECARIA POR NO REFERIRSE AL SUPUESTO DE AUTOS (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—El Ayuntamiento de Domeño interpone demanda contra don Dionisio Gil García, contra doña Fe Lloréns Gómez y contra los herederos interesados en los caudales hereditarios de don Ramón Lloréns Gómez y de don José Lloréns Martí, exponiendo los siguientes hechos: que en 1913 se concertó entre el Ayuntamiento y don José Lloréns Martí, padre de los

demandados Fe y Ramón Lloréns, una concesión de un manantial y terreno del Ayuntamiento, concesión que fue ilegal o nula, pero en cualquier caso sólo otorgaba la posesión al concesionario y no la propiedad; que los hijos de éste fueron también poseedores de mala fe, porque conocían las circunstancias de la concesión, amañando fraudulentamente el cuaderno particional de su madre; que el también demandado don Dionisio Gil compró manantial y terrenos a los que no eran propietarios, por lo que no llegó a ser propietario ni poseedor de buena fe, dado que hasta hacía poco había ocultado su escritura, cumpliendo en parte lo referente a la concesión. Suplica se dicte sentencia declarando la propiedad del Ayuntamiento de Domeño de los terrenos y manantial, así como la nulidad por falsedad del cuaderno particional de la herencia intestada de la madre de los demandados, la nulidad absoluta de la escritura de compraventa otorgada a favor de don Dionisio Gil García y de otra escritura anterior y la nulidad de pleno derecho de todas cuantas inscripciones se hubieran realizado en el Registro de la Propiedad de Chelva con referencia al terreno y manantial de autos, ordenando en su vista la cancelación de dichas inscripciones y el desalojo del terreno y manantial, con pérdida de todo lo edificado y plantado por los demandados.

El Juez de Primera Instancia de Liria dictó sentencia desestimando la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Territorial de Valencia.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Ayuntamiento demandante por lo siguiente:

«Considerando que para que pueda prosperar la acción real reivindicatoria sobre un bien inmueble no basta con que concurren los requisitos exigidos por la ley y desenvueltos por la jurisprudencia para su nacimiento, sino que es menester que la misma subsista por no haber transcurrido el plazo señalado por el artículo 1.963, párrafo primero, del Código civil para su extinción por prescripción, y siendo así que la sentencia impugnada, acogiendo la excepción opuesta por los demandados, estima que aquel plazo ha transcurrido—apreciación que no es impugnada en el recurso—, se está en el caso de rechazar el motivo primero, que alega la violación del artículo 348, en relación con el 349, del Código civil, sin necesidad de entrar en el examen de la cuestión relativa a si se dieron en el caso de autos los requisitos requeridos por el párrafo segundo de aquel precepto.»

«Considerando que, con arreglo al artículo 37, apartado primero, de la Ley Hipotecaria, cuya violación se denuncia en el motivo segundo y último, las acciones rescisorias y resolutorias se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en aquella ley, si dichas acciones deben su origen a causas que consten explícitamente en el Registro de la Propiedad, norma que no puede estimarse infringida por la sentencia recurrida en el concepto indicado, porque la Corporación actora no ejercitó en su demanda ninguna pretensión de las clases mencionadas y, en todo caso, no figura admitido por las partes ni declarado probado por el Juzgador *a quo* el supuesto de hecho al que la ley subordina el efecto jurídico expresado en la norma cuya violación se acusa.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LAUDO ARBITRAL: ESCAPA DEL AMBITO DEL RECURSO DE CASACION DETERMINAR SI EL FALLO DE DICHO LAUDO ES JUSTO O INJUSTO (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—La empresa «Ted Bates, S. A.», de publicidad, encargó a la también compañía publicitaria «Tobella Publicidad» la colocación de una valla anunciadora del reloj «Seiko» en el Walstadium de Frankfurt, con ocasión del partido de fútbol España-Yugoslavia, en un «lateral del campo, frente a las cámaras de TV y cercano al ángulo del córner». La valla fue colocada, pero detrás de una portería. «Ted Bates» consideró incumplido por tal circunstancia el contrato, y la discrepancia entre las dos empresas publicitarias fue resuelta por laudo arbitral dictado por el Jurado Arbitral de Equidad, que estimaba que efectivamente había existido incumplimiento del contrato. El recurso de «Tobella Publicidad» es desestimado por el Tribunal Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El párrafo 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil circumscribe la posibilidad de interponer el recurso de nulidad ante este Tribunal de los laudos dictados por Amigables Compositores a dos únicos casos: Primero, al haber sido dictados fuera del plazo señalado en el compromiso. Segundo, al haber resuelto puntos no sometidos a su deliberación.

Los dos únicos motivos del recurso argumentan, desde distintos puntos de vista, pero con la misma base, que el laudo se ha dictado resolviendo puntos no sometidos a la deliberación de los Arbitros, y es obligada su desestimación, pues sometándose a los Arbitros «la reclamación de cantidad importe de un contrato publicitario celebrado entre las partes», el laudo resuelve la absolución del demandado por incumplimiento del contrato por el actor; si dicho fallo es justo o injusto, conforme a las pruebas presentadas, es cuestión que escapa del ámbito de este recurso, llamado a censurar, sólo y exclusivamente, si los Arbitros se excedieron o no en los términos de la cuestión que se les confió, y en este caso tiene que declarar este Tribunal que el laudo se atuvo a los términos confiados a su decisión.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: EL NUMERO 5 DEL ARTICULO 862 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL TIENE CARACTER EXCEPCIONAL Y HA DE INTERPRETARSE ERICTAMENTE (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—El número 5 del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil circumscribe la posibilidad del alegato por falta de recibimiento a prueba del pleito en Segunda Instancia, al supuesto en que el demandado declarado en rebeldía «se hubiera personado en los autos en cualquiera de las dos instancias después del término para proponer prueba en la primera», mientras que en el presente caso resulta que el en su día demandado—hoy recurrente—se personó en el pleito de que traen causa estas actuaciones cuando fue emplazado para ello, proponiendo y alegando excepciones dilatorias, con la correspondiente demanda incidental, que seguida en todos sus trámites, se desestimó en el Juzgado, siendo el deman-

dato nuevamente llamado para contestar la demanda, lo que no llevó a cabo por haber renunciado su Procurador a la representación que ostentaba, requiriéndole el Juzgado para que designase otro nuevo, lo que no hizo, como consecuencia de lo cual se le declaró en rebeldía, situación en que permaneció hasta que recayó la sentencia en primer grado, momento en que volvió a comparecer para interponer apelación contra la misma; señal inequívoca todo ello de que hubo una personación anterior al instante que señala la ley, que no puede considerarse desvirtuada por la incomparecencia posterior si se interpretan estrictamente los términos legales, interpretación que es la llevada a cabo por el Tribunal *a quo* y que debe reputarse como la única admisible, según ya proclamó esta misma Sala en la sentencia de 10 de enero de 1911, que contempló un caso similar, habida cuenta el carácter excepcional del precepto, incompatible con una interpretación extensiva y a fin de evitar que puedan beneficiarse del mismo los litigantes de mala fe, que personados oportunamente en las actuaciones, dejaren de estarlo cuando les conviniese, para volver a comparecer proponiendo prueba una vez conocido el resultado de la practicada a instancia de la otra parte.

RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA DE PROTECCION OFICIAL (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Según ha tenido ocasión de aclarar este Tribunal, no es estimable la tesis de que por imperio de una legislación especial está vedado el ejercicio de la facultad de resolver los contratos en el proceso y ante la jurisdicción ordinaria, aunque las causas de resolución no se hallen comprendidas en aquélla, porque equivaldría a decir que es preciso aquietarse frente a cualquier infracción contractual que aquélla no considere y limita la libertad de contratación, doctrina que de modo tan claro expone la sentencia de este Tribunal de 12 de junio de 1944.

La concesión de una vivienda de renta limitada de protección oficial a quien no reuniera las condiciones personales previstas por la ley podría plantear el problema de su validez, pero no el de su resolución una vez el contrato perfecto y consumado, que sólo tendría lugar en el caso previsto de incumplimiento rebelde de las obligaciones pactadas.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La argumentación del recurrente reposa, con apoyo jurisprudencial que es indudable, en que la parte que a su vez ha incumplido no puede pedir la resolución al amparo de la condición resolutoria tácita del artículo 1.124 del Código civil; pero para ello tiene que partir el recurrente de la afirmación de que el comprador no cumplió la parte de su compromiso, consistente en la entrega de noventa mil pesetas al techar la obra; afirmación que no sólo no se hace en la instancia, sino que en ésta, por el contrario, se razona que el comprador, precisamente a la vista del artículo 1.504 del Código civil, relativo a la venta de inmuebles, no incurre en mora, en cuanto al precio aplazado, mientras no haya sido requerido al pago judicial o notarialmente; requerimiento que en el presente caso no fue hecho, sin que tenga para qué entrar en juego el artículo 1.466 del Código civil, de plena vigencia sólo cuando «no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago».

LA SOLA INVOCACION DE QUE UN CONTRATO ES LEONINO NO BASTA PARA ELUDIR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LIBREMENTE CONTRAIDAS (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La validez del poder se determina por la fecha en que se otorga a nombre de la Sociedad o Entidad jurídica, sin que obste que hubiese cesado en el cargo, al hacerse uso de aquél, quien en su representación lo confirió.

El Procurador de una Sociedad continúa con personalidad bastante, aunque cambien sus directivos, si no le revocan el poder.

Si con la sola invocación de que un contrato es leonino pudiera burlarse el cumplimiento de obligaciones libremente contraídas para resarcir daños concretos y determinados, cuya autoría y responsabilidad se reconoce paladinamente, la seguridad jurídica quedaría a merced de quienes voluntariamente quisieran cumplir tales obligaciones.

Las sentencias penales solamente son vinculativas para los demás Tribunales en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas, que son integrantes del tipo que se define y castiga.

CULPA EXTRACONTRACTUAL: LA ACCION U OMISION DETERMINANTE DEL DAÑO INDEMNIZABLE SE PRESUME CULPOSA (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Una canoa con motor fuera borda atropelló a un joven bañista causándole la muerte. El propietario-conductor de la embarcación es condenado a indemnizar a los padres de la víctima.

Doctrina de la sentencia.—El principio subjetivista que informa el artículo 1.902 del Código civil viene evolucionando en la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que la acción u omisión determinante del daño indemnizable se presume culposa, incumbiendo al agente o autor del hecho causal del daño la obligación de desvirtuar esa presunción, a cuyo efecto tiene que demostrar haber procedido con la diligencia y cuidado debidos, atendidas las circunstancias de las personas, tiempo y lugar; demostración inexistente en el presente caso, en que no aparece ni se infiere que el recurrente adoptase medida precautoria alguna ni que el accidente aconteciera por fuerza mayor o por un motivo inevitable, antes, por el contrario, lo que tales hechos ponen de manifiesto es que el luctuoso suceso se produjo por culpa o negligencia exclusiva del recurrente, quien navegando por aguas tranquilas, a pleno sol y con buena visibilidad, por una zona donde era previsible que hubiera personas nadando, lo hizo en forma tan descuidada, con tal falta de diligencia, atención y cautela, que no sólo no advirtió a tiempo la presencia en aquellas aguas del corpulento e infortunado muchacho, sino que incluso ni se dio cuenta de lo sucedido hasta después de haber investigado qué es lo que había pasado.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—A la Sala sentenciadora compete, en principio, la facultad privativa de interpretar los contratos, y su criterio ha de prevalecer sobre el del recurrente de no demostrarse, por modo evidente y notorio, el error del Juzgador.

LA PRUEBA DOCUMENTAL PRIVADA TIENE FUERZA VINCULANTE CONTRA EL FIRMANTE DEL DOCUMENTO QUE NO LO IMPUGNE DEBIDAMENTE (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es indudable que a la confesión judicial puede atribuírsele una eficacia probatoria privilegiada, en el sentido de vincular al Juzgador a admitir probada la existencia o no de hechos confesados por el declarante, es igualmente evidente que esa eficacia legal o tasada está limitada tanto por lo que concierne a las personas que como partes declaran, como al contenido de las declaraciones, que han de ser desfavorables o perjudiciales al confesante y favorables a la parte contraria.

Como tiene declarado esta Sala, no es necesario utilizar normas de investigación interpretativa respecto a lo que aparece claro en su sentido y expresión.

Cual sucede en la confesión judicial, la documental privada tiene fuerza probatoria vinculante contra el firmante del documento que no lo impugna debidamente y que por ello reconoce la exactitud de su contenido.

El ámbito del recurso de casación no puede exceder del de la controversia, ya que ello implicaría el planteamiento de cuestiones nuevas.

LA PRUEBA DE PERITOS NO ES COMBATIBLE EN CASACION, PUES NO OSTENTA EL RANGO DE DOCUMENTO AUTENTICO (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La doctrina de esta Sala, muy reiterada, viene sentando que la prueba de peritos no es combatible en casación, ya que ella no ostenta el rango de documento auténtico, pues por sí sola no acredita de modo irrefutable un hecho, sino el juicio personal o convicción formada por los peritos con arreglo a los antecedentes suministrados, por lo que dicha prueba ha de ser apreciada según las reglas de la sana crítica y en relación con el resultado de otros medios probatorios.

AMBITO DE PODER (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La determinación del ámbito del poder, según reiterada doctrina de esta Sala—sentencias de 17 de marzo de 1932, 27 de mayo de 1919 y 6 de marzo de 1943, entre otras—, equivale a la de interpretación de voluntad del poderdante, que efectúa el Tribunal *a quo* teniendo en cuenta el contenido de dicho poder.

La fundamentación de hecho, primera fase de la labor interpretativa, no se combate, porque no figura ningún motivo del recurso amparado en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, que es el cauce adecuado a esos fines, por lo que ha de ser aceptada, no impugnándose tampoco la aplicación a los hechos, para determinar su sentido y alcance, de normas legales de hermenéutica contractual, porque las infracciones alegadas en los cuatro motivos del recurso no son de preceptos de interpretación de los contratos o negocios jurídicos, sino reguladores de los efectos del mandato en lo concerniente a la repercusión en el mandante de las obligaciones contraídas por el mandatario conforme al ámbito del mismo.

LA ACCION QUE TIENE EL ASEGURADOR, QUE EFECTUO UN PAGO POR ACCIDENTE DE CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR, PARA REPETIR CONTRA EL CAUSANTE DEL DAÑO O SU ASEGURADOR TIENE UN PLAZO DE PRESCRIPCION DE QUINCE AÑOS (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—«La Unión y el Fénix Español, S. A.», era la compañía aseguradora de un camión que colisionó con un turismo, por culpa de este último, resultando muertos los ocupantes del turismo y produciéndose daños de consideración ambos vehículos. «La Unión y el Fénix» indemnizó a los herederos de las víctimas y ahora demanda a «Fides, S. A.», compañía aseguradora del turismo. Esta se defiende alegando prescripción de la acción. No prosperó su defensa.

Doctrina de la sentencia.—Están encaminados los tres motivos del recurso a defender la tesis de oposición de que la acción ejercitada se halla prescrita porque la pretensión de demanda tiene su apoyo en el artículo 1.902 del Código y, por ende, sujeta a la prescripción de un año, que determina el párrafo segundo del artículo 1.968 del propio Cuerpo legal, motivos que han de ser desestimados porque la acción que se ejercita al presente tiene su apoyo en el artículo 6.º del Texto Refundido de la Ley 122/62, aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968 sobre circulación de vehículos de motor; precepto que autoriza al asegurador que efectuó un pago por accidente de dicha naturaleza para repetir contra el tercero causante de los daños y perjuicios, contra el asegurador por causas derivadas del contrato de seguro o cualquier otro supuesto en que proceda la repetición con arreglo a las leyes, que es el que contempla la sentencia recurrida; acción que no tiene señalado plazo de prescripción específico en la expresada ley ni su apoyo fáctico se asienta en el artículo 1.902 del Código civil, sino en el acto del pago realizado por la entidad actora, como consecuencia del proceso ejecutivo especial, que regula la propia ley citada, y consiguiente acción de reembolso cuando procediere; acción específica que no tiene en el texto legal que lo establece plazo alguno de prescripción, por lo que le es aplicable el de quince años, que determina el artículo 1.964 del Código civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción.

FIANZA: RESULTA IRRELEVANTE PARA EL FIADOR LA CLASE DE OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL DEUDOR, SIEMPRE QUE ESTAS SEAN VALIDAS (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Siendo el contrato de fianza la garantía personal que se constituye, asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación si no la cumple el deudor principal, sus elementos característicos son—a tenor de los artículos 1.820 y 1.827 del Código civil y jurisprudencia de esta Sala—los de constituir una obligación accesoria de la principal, a la que debe constantemente seguir, y la de subsidiaria.

Resulta irrelevante la clase de obligaciones contraídas por el deudor principal, siempre que éstas sean válidas, y, por tanto, a la validez de la fianza no le afecta el hecho de que existiesen otros deudores solidarios ni que las obligaciones se hayan contraído bajo distintos nombres comerciales, siempre que el deudor sea precisamente el afianzado, porque siendo susceptibles de afianzamiento todas las obligaciones, cualquiera que sea su objeto, incluso las deudas futuras cuyo importe no sea aún cono-

cido al momento de otorgarla, es obvio que cuando, de conformidad con el artículo 1.825 del Código civil, sea líquida, resulta perfectamente reclamable contra el fiador.

ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA QUE SE FUNDAMENTA EN UNA EXCEPCION NO ALEGADA NI ESTIMABLE DE OFICIO (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Si bien, como norma general, las sentencias absolutorias se estiman congruentes, puesto que resuelven todas las cuestiones planteadas en la litis, se excluye de dicha norma las que fundamentan el fallo en alguna excepción no alegada en tiempo y forma hábil ni estimable de oficio, y como el fallo de la sentencia que se recurre, absteniéndose de resolver el fondo de la litis, absuelve a la parte demandada al estimar la excepción de falta de legitimación del actor, que lo es la Delegación de Las Palmas del Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias, para reclamar los honorarios devengados por dos Arquitectos incorporados a dicho Colegio, por el proyecto que los mismos efectuaron de una residencia-apartamento para ancianos, conforme al encargo hecho a los mismos por el demandado absuelto, el Servicio Social de Asistencia a los Ancianos del Ministerio de Trabajo; excepción no alegada por la parte demandada en autos, representada y defendida por el Abogado del Estado, el que nada opuso en relación a la legitimación de la expresada Delegación para formular la demanda, es obvio que al estimar la recurrida sentencia la excepción a la que se ha hecho mérito, sin alegación de parte y no estimable de oficio, incurrió en el vicio de incongruencia, del que se le acusa en el motivo.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LA FIJACION DEL «QUANTUM» DE MODERACION EN LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE CULPAS ESTA ENCOMENDADA A LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Habiéndose cargado de madera un camión, el transportista lanzó sobre él un cable metálico para asegurar la carga, con tan mala fortuna que el cable chocó con una línea de alta tensión, produciéndose una fuerte descarga que ocasionó la muerte al camionero.

Sus herederos demandan a la compañía eléctrica y a los dueños de la serrería, quienes son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—Si la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido de forma constante y uniforme que la cuantía de las indemnizaciones derivadas de la culpa extracontractual, cuyas consecuencias hayan consistido en el fallecimiento de alguna persona, no es susceptible de ser impugnada en casación, por tratarse de materia encomendada a la libre apreciación de los Tribunales de Instancia, y si se tiene presente, además, que un criterio análogo se ha sustentado respecto a la facultad de modificar las cláusulas penales, reguladas en el artículo 1.154 del Código civil, no existe razón alguna para llegar a solución distinta cuando se trate de fijar el *quantum* de la moderación, que, a tenor del artículo 1.103, puedan establecer los Tribunales en los supuestos de concurrencia de culpas por parte del agente productor del daño y de la víctima del mismo, en los accidentes comprendidos en el artículo 1.902 y concordantes de la Ley

Civil Sustantiva, dado que de llegarse a otra conclusión se infringiría el principio general de Derecho: *Ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*, y la norma impuesta por el artículo 4.º, número 1.º, del vigente Código civil.

CULPA EXTRACONTRACTUAL: CORRESPONDE A LA SALA SENTENCIADORA APRECIAR COMO CUESTION DE HECHO LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Según conocida por lo reiterada doctrina jurisprudencial, para poder reclamar eficazmente el cumplimiento de las obligaciones provenientes de la culpa o negligencia extracontractual, a que se refiere el artículo 1.902 del Código civil, se requiere la justificación de la realidad del daño, la existencia de falta en el que lo produce y la relación de causa a efecto entre uno y otro, teniendo también declarado que corresponde a la Sala sentenciadora apreciar como cuestión de hecho la existencia de los daños y perjuicios, así como la acción u omisión que los origina y el nexo causal, apreciación que sólo se puede impugnar por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto que la calificación de tal acción u omisión como culposa o negligente suscita una cuestión de derecho que puede ser discutida en casación por el cauce del número primero del indicado artículo 1.692.

CULPA EXTRACONTRACTUAL: LA INTERRUPCION DEL PLAZO DE PRESCRIPCION, POR DEMANDA DE LOS PERJUDICADOS EN UN INCENDIO, BENEFICIA TAMBIEN A LA COMPANIA ASEGURADORA DE LOS BIENES SINIESTRADOS (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La única cuestión que plantea el recurso es la de si habiéndose ejercitado la acción en reclamación de daños y perjuicios por culpa extracontractual, tanto por los que realmente fueron perjudicados directamente por el hecho culposo o negligente como por la compañía aseguradora de los bienes siniestrados, reclamando aquéllos la diferencia entre la cantidad recibida de la expresada compañía, como aseguradora de parte de los bienes incendiados y el importe total de dichos daños, y ésta la cantidad pagada a la codemandante, como consecuencia de la póliza de seguros contra incendios, en la cuantía cubierta por dicha póliza, en relación a los bienes asegurados, la interrupción del plazo de prescripción de la acción, que estima la recurrida sentencia, como consecuencia de la reclamación extrajudicial, que a la demandada se hizo por el causante de los primeramente expresados demandantes, puede igualmente beneficiar a la compañía de seguros. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 413 del Código de Comercio en relación al seguro de incendios, el asegurador, pagada la indemnización, se subroga en los derechos y acciones del asegurado contra los autores del incendio por cualquier carácter o título que sea, cualidad que la recurrida sentencia atribuye por culpa o negligencia al demandado; es incuestionable que aquella interrupción del plazo de prescripción que afectó a los derechos y acciones de los asegurados, igualmente había de beneficiar a quien no hizo otra cosa que subrogarse, con posterioridad a dicha interrupción, por ministerio de la ley, en los mismos.

INCONGRUENCIA: DE LA RESERVA DE ACCIONES NUNCA PUEDE DERIVAR AQUELLA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Por lo que se refiere a la reserva de acciones es evidente que de ella no puede derivar nunca incongruencia, porque tiene reiteradamente declarado esta Sala que esa reserva no proporciona ni priva de derechos.

Lo que realmente delimita el ámbito de la controversia, en relación con la fundamentación de hecho de las alegaciones de los litigantes, es el contenido de las peticiones, como elementos de las pretensiones procesales, y no el del acto de conciliación previo a la demanda, en el que el actor, hoy recurrido, no tuvo que pedir el pago de intereses legales, petición que sí formuló en la demanda.

Según repetida jurisprudencia de esta Sala, no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de un legítimo derecho.

En cuanto a la novación modificativa alegada ha de tenerse en cuenta que según doctrina de esta Sala, «las cuestiones relativas a la existencia de los hechos determinantes de la novación son facultad propia y peculiar de la Sala, a cuyo criterio hay que estar en tanto no sea adecuadamente impugnado».

RECURSO DE REVISION: LA DECLARACION DE FALSEDADE DEBE PROCEDER DE UN TRIBUNAL PENAL (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Por sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo se declaró haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento de unos locales en que estaba instalado un colegio, por estar dicho destino de los locales prohibido en los estatutos del edificio. Los titulares del colegio presentan recurso de revisión, alegado falsedad del acta de la Junta de Copropietarios en que se tomó el acuerdo de reformar los estatutos. El Tribunal Supremo no acoge el recurso.

Doctrina de la sentencia.—El recurso de revisión, concedido únicamente contra sentencias firmes, lo que constituye una excepción al principio de la santidad de la cosa juzgada, es por su propia naturaleza extraordinario, y como ha reiterado constantemente la jurisprudencia, su índole impone una regulación restrictiva, por obra de la cual el principio casi absoluto de la irrevocabilidad sólo cede ante la justificación cumplida de que el caso está comprendido en el artículo 1.696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El recurso de revisión no constituye un juicio declarativo de la presunta falsedad alegada, sino que la declaración de falsedad debe proceder de un Tribunal de lo penal.

A los efectos de la caducidad de la acción establecida en el artículo 1.698 de la propia Ley de Enjuiciamiento, el plazo de tres meses será contado desde el día en que se descubran los documentos o el fraude, o en el caso presente, el día del reconocimiento o declaración de la falsedad; declaración que, como es lógico, ha de existir antes de invocarla, y se ha de precisar y probar la fecha a partir de la cual se ha de computar el término.

La maquinación ha de deducirse de hechos ajenos al pleito y ocurrida fuera del mismo, no de los alegados y discutidos en él, como ocurrió en el caso de autos.

RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Como tiene reiteradamente establecido esta Sala, para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, no basta citar el número del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se funda, sino que es asimismo necesario que se cite el precepto legal infringido y la resolución originaria de la infracción que se denuncie.

EL MARMOL SE CONSIDERA COMO ROCA Y NO MINERAL, ESTANDO, POR TANTO, INCLUIDO EN EL SEGUNDO DE LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL APARTADO A) DEL ARTICULO 3 DE LA VIGENTE LEY DE MINAS (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Los dueños de diversas fincas rústicas cedieron en arrendamiento parte de tales terrenos a la «Compañía Italo-Española del Sur, S. L.», para que ésta explotara una cantera de mármol allí ubicada por término de diez años. Acogiéndose a la nueva reglamentación, instaurada por la Ley de 21 de julio de 1973, la Sociedad solicitó la declaración de utilidad pública a efectos de expropiación forzosa, y los propietarios reaccionaron reclamando la resolución del contrato por haber expirado el término en el mismo establecido, pretensión que fue íntegramente acogida por los Juzgadores de Instancia.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que es ponente don José Beltrán de Heredia y Castaño, desestima el recurso de la Compañía demandada.

Doctrina de la sentencia.—El único motivo es estrictamente jurídico y de orden interpretativo, consistente en la determinación y alcance que deba tribuirse al artículo 3 de la vigente Ley de Minas de 21 de julio de 1973, sosteniendo el recurrente que la recta interpretación del precepto debe conducir a la inclusión del objeto del contrato debatido, consistente en una cantera de mármol, en el apartado letra c), lo que debe llevar consigo la aplicación del régimen permitido para los supuestos que en el mismo se comprenden; apreciación que no se corresponde con el verdadero sentido y significado de la norma interpretada, según se evidencia con el empleo de los medios de hermenéutica legislativa contenidos en el artículo 3 del Código civil, tal y como quedó redactado con la reforma introducida con el Decreto de 31 de mayo de 1974, en efecto: a) atendiendo al sentido propio de las palabras (interpretación literal o gramatical) resulta que el objeto cuya catalogación se discute, según se ha visto, es el de una cantera de mármol, el cual, como dice el *Diccionario* de la Real Academia Española, y al margen de sus indiscutibles posibilidades artísticas, que también concurren en otras piedras, es «una piedra caliza, compacta y cristalina, susceptible de buen pulimento», que gramaticalmente permite incluirlo en el segundo de los supuestos contemplados en el apartado a) del artículo 3 de la ley, excluyendo su inclusión en el c), referido expresamente a los «yacimientos minerales y reservas geológicas no incluidos en los anteriores. », pues por su propia entidad ni se trata de un yacimiento mineral propiamente dicho ni es por sí un recurso geológico no incluido en el apartado a); b) teniendo en cuenta los antecedentes históricos y legislativos (interpretación histórica) aparece que las piedras calizas —a las que, como se ha visto, gramaticalmente pertenece el mármol— fueron siempre catalogadas como «rocas», a la manera como hizo el De-

creto-Ley de Bases de 29 de diciembre de 1868, la Ley de 23 de septiembre de 1939 y la también Ley de 19 de julio de 1944 (art. 2, sección A, donde específicamente se incluyen las «piedras calizas»), de acuerdo con las cuales la exposición de motivos de la actual Ley de 1973 dice que en la sección a) se incluyen la mayoría de las que se denominan «rocas», y c) porque del contexto de la ley (interpretación sistemática) se desprende claramente que el régimen que el recurrente pretende aplicar a su favor está legalmente reservado para aquellos que ostenten un título de propiedad, con el que no puede equipararse el que nació—como en el caso presente, según el sistema característico de las antes llamadas «rocas»—de una simple relación arrendaticia que de suyo no transfiere sino el mero goce y uso de la cosa arrendada por tiempo determinado, que nunca puede ser título adquisitivo de la propiedad ni concretamente justificar el ejercicio de una facultad que sólo a ésta está reservada.

LA INEFICACIA DE LA FORMA EXTERNA SIMULADA NO OBSTACULIZA LA VALIDEZ EVENTUAL DEL NEGOCIO VERDADERO (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Surgidas ciertas discrepancias sobre la partición de unos bienes hereditarios, se procedió por todos los interesados, hijos del causante, por un lado, y la madre de aquéllos y viuda de éste, por otro, a formalizar una escritura de compromiso, por la que se sometió la partición a juicio arbitral de equidad. En el correspondiente laudo se decía que se debían adjudicar determinadas fincas, que aparecían en el Registro inscritas a nombre de la viuda, a uno de los hijos. Para ello, la titular registral otorgó escritura de compraventa a favor del hijo. Demanda ahora la viuda a ese hijo alegando que tal compraventa es nula por no existir precio y, por tanto, causa de la misma. No prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda sentencia viene a ser un silogismo en el que las premisas están constituidas por unos hechos resultantes de las pruebas aducidas y por los preceptos legales en que tales hechos se subsumen para llegar a una conclusión o fallo, y en su virtud es lógico que será inadmisibile la impugnación de una sentencia por un recurso de casación por infracción de ley si no arranca su razonamiento de la premisa de hecho establecida o no se demuestra por la vía adecuada el error sufrido por la sentencia por una apreciación improcedente de la prueba; principio que ha sido olvidado por el recurso en su motivo primero, que plantea el problema de la nulidad de una supuesta compraventa prescindiendo de la afirmación hecha por la sentencia recurrida de que la voluntad de las partes fue utilizar la figura aparente de tal contrato como medio, que estimaron el más adecuado, para instrumentar el verdadero propósito de llevar a cabo el acuerdo de un laudo arbitral tendente a una partición equitativa de los bienes relictos de la herencia del marido y padre, respectivamente, de las partes contendientes, por lo que, en definitiva, lo que se perseguía era la adjudicación de su porción hereditaria, transmitiendo al demandado el dominio de la finca de autos.

No cabe declarar la nulidad por falta de precio, porque no constituye en este caso el precio la causa del contrato, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.276 del Código civil, la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad sólo en el caso de que no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita, como en el caso de autos se acredita y la tiene por probada la sentencia recurrida, según queda

dicho, por los antecedentes y circunstancias del hecho, puesto que obligados por el arbitraje a que se habían sometido, y que les había impuesto la obligación de otorgar los documentos que estimasen necesarios para llevarlo a efecto, acudieron a esta simulación relativa, que no es ilícita en sí misma, sino moral y justa, como lo es la entrega de los bienes adjudicados al heredero, y sabido es que la ineficacia de la forma externa simulada no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encerrado y que es eficaz para la realización del fin buscado por las partes.

Según reiterada jurisprudencia, hay que estar a la apreciación del Tribunal de Instancia respecto de la existencia de la causa si no se impugna, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el cauce del número séptimo del artículo 1.692.

CUESTION DE COMPETENCIA: LA SOLIDARIDAD O MANCOMUNIDAD ENTRE DEMANDADOS NO ES SOLO LA DE NATURALEZA SUSTANTIVA, SINO TAMBIEN LA SOLIDARIDAD PROCESAL (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Los actores piden que se declare la nulidad, por simulación, de unos contratos de venta de unos bienes inmuebles situados en Manacor, donde se presentó la demanda. La compradora demandada, residente en Madrid, formuló excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, excepción que no se acogió. En la Audiencia se estimó la demanda y el recurso de la demandada por quebrantamiento de forma no prospera.

Doctrina de la sentencia.—El recurso entraña un problema interpretativo, consistente en precisar el alcance que debe darse a la regla 1.ª, párrafo 2.º, del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determinativa de la competencia cuando se trata del ejercicio de acciones personales, diciéndose que «cuando la demanda se dirija contra dos o más personas que residan en pueblos diferentes y estén obligadas mancomunada o solidariamente, no habiendo lugar destinado para el cumplimiento de la obligación, será Juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante». La jurisprudencia de este Tribunal Supremo, al interpretar el precepto de referencia, proclamó reiterada y constantemente en tal cantidad de resoluciones, y con tal coincidencia de criterio, que ha llegado a constituir un cuerpo compacto de doctrina, que la solidaridad o mancomunidad entre diversos demandados—residentes en pueblos diferentes—, que permite al demandante el derecho de elección mencionado, no es sólo la de naturaleza sustantiva, nacida con amparo en los artículos 1.137 y siguientes del Código civil, de vínculos contractuales, sino también la solidaridad procesal, que nace, a efectos de competencia, del ejercicio de la acción, por imperativo de los principios generales que rigen el proceso, permitiendo la aplicación, por analogía, de la regla que se examina; jurisprudencia coincidente en cuanto al fundamento de la directriz expuesta, de la que a veces se destaca el hecho de que la identidad de la causa de pedir produce un inevitable «litisconsorcio pasivo necesario» que une a los demandados, y otras, la circunstancia de la posibilidad de acumulación de acciones ejercitadas en una misma demanda siempre que no sean arbitrarias, sin que pueda ser tenida por arbitraria la acumulación de acciones personales cuyo ejercicio separado, dividiendo la continuidad de la causa, pudiera llegar a producir sentencias contradictorias.

La doctrina interpretativa de que se acaba de hacer mención es aplicable por completo al caso examinado, pues la acción iniciada por los actores iba encaminada a solicitar la nulidad por simulación absoluta de un

contrato de compraventa de un bien inmueble, dirigiéndose contra el vendedor y el comprador en el domicilio elegido por el actor, que coincidía con el del Partido Judicial en que se celebró el contrato, donde estaba radicado el inmueble y en el que constaba su inscripción registral, fuero al que se allanó expresamente uno de los demandados, todo lo cual evidencia una identidad de causa de pedir que justifica la solidaridad procesal correspondiente, puesto que lo que real y verdaderamente se postula es la referida nulidad del pacto contractual en que están implicadas—desde el punto de vista procesal—ambas partes contratantes, con independencia de los distinguos hábilmente expuestos en el recurso respecto de la repercusión que a cada una de las partes debe atribuirse en el sinalagma contractual, insuficientes de suyo para desvirtuar la solidaridad procesal nacida de la señalada identidad de causa de pedir referida a la nulidad del contrato en su conjunto.

En el segundo de los motivos se denuncia violación del número 9, apartado séptimo, de la misma ley, en cuanto que uno de los demandados falleció durante la tramitación, no habiéndose dado cumplimiento a lo ordenado por la indicada norma procesal, al no haber sido emplazados los herederos del fallecido; motivo cuya estimación tampoco es posible, porque, como el propio recurrente reconoce, no se cumplimentó por su parte la existencia del artículo 1.696 de la Ley de Enjuiciamiento, a cuyo tenor, para que puedan ser admitidos esta clase de recursos de casación, «será indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió», lo que aquí no se hizo, implicando la inactividad de las partes en este caso un aquietamiento con el resultado; aparte de que los entonces demandantes—hoy recurridos—eran los dos únicos hijos del fallecido y, por tanto, sus herederos legítimos, a los que por providencia del Juzgado se comunicó la notificación que del fallecimiento efectuó el Procurador de su difunto padre, dándose por notificados y «no estimando procedente personarse en calidad de subrogados en la condición personal de su causante», pues lógicamente se habría producido la inconcebible situación de ser demandantes y demandados en un mismo litigio y sin que sean admisibles las alegaciones del recurso acerca de una hipotética existencia de otros herederos, que tendría que haber sido admitida y acreditada en su momento procesal oportuno.

NO DA LUGAR A NOVACION UN CONTRATO CUYA NULIDAD SE HA DECLARADO (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Es reiterada y numerosa la jurisprudencia de esta Sala en la que se ha declarado que nunca pueden fundarse recursos de casación por infracción de ley o de doctrina legal en la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de los artículos de la Ley de Enjuiciar que sólo contengan preceptos de carácter puramente procesal, como son los artículos 533, número primero, de la Ley Procesal Civil, y 156.

No tienen el carácter de documentos auténticos en casación aquellos que han sido objeto de examen, apreciación e interpretación por el Tribunal *a quo*.

Cuando ha sido apreciada la prueba en su conjunto, no cabe descomponerla en sus elementos integrantes para dar alguno de ellos una fuerza predominante.

No da lugar a una novación fundada en los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil un contrato cuya nulidad se ha declarado.

El proceso interpretativo actúa sobre los hechos en punto a la decla-

ración o exteriorización de la voluntad de los contratantes: para investigar después como *quaestio juris* cuál ha sido su intención o voluntad interna por aplicación de los artículos 1.281 y siguientes del Código civil y cuál la significación jurídica de esta voluntad.

AUNQUE UN EMPRESARIO NO HUBIESE DADO DE ALTA A SUS TRABAJADORES EN LA SEGURIDAD SOCIAL, SI EL ACCIDENTE DE TRABAJO SE PRODUJO POR NEGLIGENCIA DE UN TERCERO, ESTE SERA EL RESPONSABLE DE LOS DAÑOS (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 94, número 2, del texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966, vigente en 26 de febrero de 1970, fecha en que se produjo el accidente de trabajo en cuestión, el empresario que no tuviere dado de alta en los Servicios Sociales a los trabajadores a su servicio es directamente responsable de las prestaciones previstas en la misma; falta de afiliación en que ciertamente incurrió el demandante y aquí recurrido, pero esta circunstancia no obsta a que si en la producción del accidente de trabajo hubiere concurrido la negligencia de un tercero, cual aquí ha acontecido, éste sea responsable de los daños y perjuicios causados por su negligencia, ya en su totalidad o bien de manera atenuada o disminuida, en el caso de que el Tribunal *a quo* entendiera procedente hacer uso de la facultad discrecional que al efecto le otorga el artículo 1.103 del Código civil.

NO PUEDE EJERCITARSE LA ACCION CONCEDIDA POR LOS ARTICULOS 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL HASTA QUE EN EL SUMARIO INSTRUIDO NO HAYA RECAIDO SENTENCIA O AUTO DE SOBRESEIMIENTO (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Un obrero cayó de un andamio durante la construcción del hotel «Semíramis» en Tenerife causándose la muerte. Su viuda demanda al encargado de la obra y a la empresa propietaria del hotel, quienes son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—La sociedad demandada es también responsable solidario, de conformidad con lo regulado en el párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código civil, por cuanto el simple hecho de dividir en «sectores o ejes» adjudicados a sendos destajistas no le eximen de responsabilidad ni corta el nexo de la empresa en relación con los trabajadores, sin perjuicio de que pueda repetir contra los otros responsables, por todo lo cual, en el presente caso, si el daño productor del daño lo fue indudablemente al servicio de la empresa demandada, y con ocasión de sus funciones, no existe la menor duda de que aquella responsabilidad le alcanza plenamente.

La acción ejercitada lo fue dentro del plazo del año a contar desde que el Tribunal Penal decretara el sobreseimiento derivado de la aplicación del indulto, teniendo siempre muy en cuenta que ya la doctrina de este Tribunal viene estableciendo que mientras en el sumario que se haya instruido con motivo del hecho o accidente causante del daño no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento definitivo o provisional, la acción que conceden los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil no puede ejercitarse.

RECURSO DE CASACION: NECESIDAD DE PRECISION Y CLARIDAD
(SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Tanto el primero como el segundo de los motivos del recurso, amparados en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al denunciar, respectivamente, la interpretación errónea y violación de gran profusión de preceptos de contenido muy diverso e incluso de cuerpos legales diferentes, sin relación entre ellos, quebrantan la precisión y claridad con que debe ser citada la ley o doctrina legal que se crea infringida, como la necesidad, cuando sus fundamentos son diferentes de formularlos en motivos numerados y separados, como sanciona el artículo 1.720 de la expresada Ley Procesal, por lo que incurrir en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729 de la propia ley.

RIGORISMO FORMAL DEL RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La interposición del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal ha de ajustarse al estrecho rigorismo formal que impone el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citando con claridad y precisión la ley o doctrina que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido, con referencia a los de violación, interpretación errónea y aplicación indebida, que constituyen conceptos jurídicos perfectamente diferenciados, dando lugar el incumplimiento de esta norma a la sanción de inadmisión que establece el número cuarto del artículo 1.729 de dicho Cuerpo legal.

En el presente recurso, en aplicación de la doctrina legal expuesta, al no especificarse en ninguno de los cuatro motivos de que consta el concepto de infracción entre los tres citados, se contraviene la exigencia de claridad y precisión con que ha de redactarse, procediendo declarar su desestimación.

SE PUEDEN ENTENDER INCLUIDOS EN EL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL OTROS SUPUESTOS EN LOS QUE EXISTA ALGUNA RELACION JURIDICA DISTINTA DE LAS QUE EL PRECEPTO CONTEMPLA (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—La propietaria de un coche «Mini-Morris» se lo prestó a su novio para que se trasladase a su pueblo. Durante el camino patinó por la lluvia e invadió el lado izquierdo de la carretera chocando con un «Seat 1430», cuyos ocupantes resultaron gravemente heridos, muerto el conductor del «Mini-Morris» y totalmente destrozados ambos vehículos. Demandada la propietaria del «Mini» y su Compañía de Seguros, fueron condenados a indemnizar. Recurren en casación, alegando que no tienen por qué responder de los actos culposos del fallecido, pues no unían a éste con la dueña del coche ninguna de las relaciones jurídicas que determina el artículo 1.903 del Código civil. Pero el Tribunal Supremo rechaza el recurso en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Conjugadas sistemáticamente las normas contenidas en los artículos 1.902, 1.903 y 1.908, párrafo primero, e interpretadas en consideración al presente momento y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas—como se establece en el artícu-

lo 3, 1.º, del Código civil—, y haciendo uso de la analogía—que de manera expresa admite el artículo 4 de dicho texto legal—, se pueden entender incluidos en el artículo 1.903 otros supuestos en los que exista o se genere alguna relación jurídica distinta de las que el precepto contempla *ad exemplum*, como pueden ser las de comodato, originado por la cesión gratuita y temporal que el propietario de un automóvil asegurado hace a otra persona, a la que ligan lazos familiares, cuasi familiares o de gran afecto, cuya relación crea deberes recíprocos; y hay que seguir estos criterios evolutivos, porque, como claramente dispone el artículo 3, 1.º, del Código civil en su actual redacción, la exégesis de las normas debe hacerse en atención a diferentes factores, uno de los cuales es «la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas», con lo cual se consigue que las normas estáticas de un cuerpo legal tradicional puedan ser aplicables en todo momento sin necesidad de una previa adaptación para cada caso.

J. Q. S.

INTERPRETACION DE TESTAMENTO.—SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS.—GRADO.—FUNDACION.—Artículos 675; 781; 785, número 2.º; 786, y 789 del Código civil (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1975).

La vinculación arrendaticia perpetua a favor de una persona y sus generaciones, sin límites, es nula.—Don V. T. A. murió en M. el 31 de enero de 1905, en estado de casado por tercera vez con doña V. R. P., sin dejar descendencia de ninguno de sus enlaces, bajo testamento notarial abierto otorgado el 20 de junio de 1903, en el que, entre otras cláusulas, se contienen las siguientes, relativas a la finca de unas mil hanegadas de secano llamada «Casa Rabosa», sobre cuyo particular versa el presente pleito: «CUARTA. En cuanto a sus bienes inmuebles dispone y ordena lo siguiente: Primero. Instituye por su heredera universal de dichos bienes inmuebles a su esposa doña V. R. P., en usufructo vitalicio y con relevación de fianza, ordenando que mientras ella viva no se la moleste por nadie en el disfrute de los mismos ni tenga intervención persona alguna en esta herencia. Segundo. Al fallecimiento de su citada esposa usufructuaria de los bienes inmuebles, las rentas que produzca una heredad o casa de campo denominada 'Casa Rabosa', que el señor testador posee en término de M., se invertirá en la siguiente forma: seiscientas pesetas, que se entregarán al Vicario o Capellán que se halla al frente de dicha heredad para que las invierta en Misas rezadas en sufragio del alma del testador y de su referida esposa; ciento cincuenta pesetas, que se invertirán en obras de conservación de la repetida ermita y adquisición de objetos para el culto de la misma; doscientas cincuenta pesetas, que se entregarán al Cura Párroco de M. para la celebración de Misas rezadas en sufragio de las almas del testador y de su referida esposa, y mil pesetas, que se invertirán en el sostenimiento del Asilo para enfermos pobres de la vitada villa de M., bajo la base del que en la actualidad existe dirigido por religiosas o en la forma que estime más conveniente su albacea en atención a las circunstancias. Tercero. Las citadas cantidades vendrá obligado a entregarlas anualmente el arrendatario o aparcerero de la citada heredad 'Casa Rabosa', entendiéndose que con ello dejará satisfecho el precio del arriendo o aparcería, viniendo además obligado a satisfacer todas las contribuciones y colonato que pesan sobre dicha finca. Cuarto. Ordena el testador que sea respetado el cultivo de dicha finca a su actual arrendatario o aparcerero, J. M., continuando a su fallecimiento con tal derecho su esposa, y al de ésta, sus hijos y descendientes, prefiriéndose siempre el varón a la

hembra y el de más edad, con la condición de que el de ellos cultive la repetida heredad lo haga a uso y costumbre de buen labrador y satisfaga a la viuda del testador la parte correspondiente de frutos, y al fallecimiento de dicha señora entregue las señaladas cantidades para los fines indicados. Quinto. Si por cualquier disposición civil o administrativa se hiciese imposible la existencia de la fundación que acaba de hacer en cuanto a dicha finca para los fines benéficos y piadosos señalados, ordena que por el señor Cura de M. se proceda a la venta de la repetida 'Casa Rabosa' y su producto líquido se invierta en títulos de la Deuda pública española, invirtiéndose el importe de sus cupones en los fines señalados y en la proporción marcada.»

Fallecida la viuda y los primitivos arrendatarios de la finca en cuestión, el hijo varón y de mayor edad de éstos, actor y apelante en el presente litigio, don J. M. C., demanda a una hermana suya—y por fallecimiento de ésta en el transcurso del pleito ocupa su lugar su hijo, don J. G. M.—y cita también como cointeresado al señor Cura Párroco—que comparece—y a la Madre Superiora del Asilo—que no se persona—, pretendiendo que le corresponde llevar en arrendamiento la finca y ofreciendo entregar el precio del arrendamiento para el cumplimiento de los fines de la fundación de carácter benéfico-privado, según él, establecida.

La hermana y luego el sobrino del actor demandados contestan que ellos tienen el derecho a seguir en el arrendamiento o explotación de la finca, por cuanto al fallecimiento del padre de la primera y del actor, primitivo arrendatario, le sucedió su hija como familiar cooperador, según la ley, necesariamente, ya que por aquel entonces el demandante se encontraba cumpliendo condena derivada de sus responsabilidades en la guerra civil. Y que no se trata de una fundación privada, cuyo titular o patrono, en cuanto titular de la explotación de la finca, que constituye su único patrimonio, sería el arrendatario de ésta, quien sólo debería entregar la renta para cumplimiento de los fines fundacionales, sino que es una fundación de interés público, cuyo patrono será quien reglamentariamente se determine, y mientras ello no suceda corresponde al albacea, actualmente el señor Cura de M. Por su parte, este último contesta a la demanda y formula reconvencción entendiendo que la fundación es de beneficencia particular y canónica, siendo la propia fundación creada la propietaria de la finca, por constituir ésta su patrimonio o dote, correspondiendo el Patronato al Ordinario diocesano bajo el protectorado del Estado, terminando por solicitar la absolución de la demanda, y en vía reconvenccional suplica que se declare la nulidad o se estime como no puesta la disposición contenida en el apartado cuarto de la cláusula cuarta del testamento de don V. T. A., por la que creaba un legado de derecho de arrendamiento a favor de un número ilimitado de personas.

El Juzgado de Primera Instancia de J. desestimó la demanda, estimó la reconvencción y declaró: 1.º Que don V. T. A., propietario de una heredad o casa de campo denominada «Casa Rabosa», en término de M., creó por dicho testamento una fundación benéfica piadosa, dotándola con la expresada finca—si bien hasta el año 1971, en que ocurre la muerte de la esposa usufructuaria, sólo conservó la nuda propiedad—para el cumplimiento de los fines que se designan en el apartado segundo de la cláusula cuarta del testamento. 2.º Que en los apartados tercero y cuarto de dicha cláusula cuarta se expresa una orden del testador para que se respete en el cultivo de la finca al que era entonces su arrendatario o aparcero, don J. M. B., con la obligación de entregar ciertas cantidades, continuando a su fallecimiento su esposa, y al de ésta, sus hijos y descendientes, con preferencia del varón a la hembra, según consta en los expresados apartados. 3.º Que carecen de eficacia, por imperativo legal, las sustituciones ordenadas en el apartado cuarto de la cláusula cuarta y, por consiguiente, no procede hacer pronunciamiento de que corresponde al actor el cultivo

o administración de la heredad o casa de campo denominada «Casa Rabosa» del término de M. 4.º Que no ha existido, como se allana sobre este particular el demandado comparecido, don J. G. M., contrato alguno que hubiese sido concertado entre la usufructuaria fallecida, doña V. R. P., y la demandada, igualmente fallecida, doña A. M. C., sobre la anterior finca. 5.º Que, en consecuencia, no procede acordar el desalojo que solicita en el apartado quinto del suplico de la demanda, ni el reintegro de los beneficios que se piden en el apartado sexto, aunque el demandante haya accionado en tiempo hábil. 6.º Que tampoco ha lugar a hacer pronunciamientos de que exista un contrato de arrendamiento en favor del actor.

Apelada esta sentencia por el demandante, la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia declarando: 1.º Que don V. T. A., propietario de una heredad denominada «Casa Rabosa», creó en su último testamento una fundación benéfica y piadosa, dotándola con la expresada finca, para que con las cantidades que se especificaban, y que habían de ser entregadas a los beneficiarios que designó, se cumpliesen las finalidades fundacionales. 2.º Que ordenó que efectuara el cultivo de la finca el que entonces era su arrendatario o aparcerero, don J. M., el que había de satisfacer las expresadas cantidades, cuyo derecho correspondería a su esposa caso de sobrevivir, y a su fallecimiento, a sus hijos y descendientes, prefiriéndose siempre el varón a la hembra y el de mayor edad al menor. 3.º Que por fallecimiento de sus padres corresponde, con arreglo a las previsiones testamentarias, el derecho de cultivo de la heredad «Casa Rabosa» al actor, don J. M. C., quien deberá satisfacer anualmente las cantidades que se fijan a continuación.

Los demandados y apelados, don J. G. M. y el señor Cura Párroco de M., interponen sendos recursos de casación por infracción de ley. El primero lo fundamenta en los siguientes motivos:

Primero.—Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia impugnada en infracción de ley por violación del artículo setecientos ochenta y cinco, número segundo, del Código civil, en relación con los setecientos ochenta y uno, setecientos ochenta y nueve y setecientos ochenta y seis del mismo Cuerpo legal, igualmente infringidos por violación. La más reciente jurisprudencia ha venido estimando que dentro del concepto genérico de la violación como infracción de ley cabe la modalidad específica de la falta de aplicación. Es decir, admite que la falta de aplicación de un precepto entraña su violación. Y por ello vienen declarándose admitidos —y en algunos casos han sido estimados— aquellos motivos de casación que invocan la violación de un precepto como modalidad de la infracción de ley, fundando su razonamiento en que la falta de aplicación constituye violación. El fallo impugnado incurre en infracción de ley por violación, por no haber aplicado los artículos setecientos ochenta y cinco, número dos; setecientos ochenta y uno; setecientos ochenta y nueve, y setecientos ochenta y seis del Código civil, relativos a las sustituciones fideicomisarias y a la aplicación a los legatarios de las disposiciones que sobre las mismas contiene el Código civil respecto de los herederos. La inaplicación de estos preceptos estriba en no haber apreciado la nulidad del apartado cuarto de la cláusula cuarta del testamento otorgado en veinte de junio de mil novecientos tres por don V. T. A., teniéndola por no puesta; pretensión ésta que ha constituido fundamento esencial de nuestra oposición a la demanda y que ha sido, además, expresamente postulada como pretensión principal de la reconvencción ejercitada por el Cura Párroco de M., don A. M. G., también demandado en estos autos. Es evidente que dicho apartado cuarto de la cláusula cuarta del mencionado testamento ordenaba una serie de sustituciones fideicomisarias, que por rebasar las permitidas habían de tenerse por no puestas. El apartado cuarto de la cláusula cuarta creaba un

legado de derecho de arrendamiento a favor de quien era entonces lo que pudiéramos decir actual—referido a aquel tiempo—aparcerero o arrendatario de la finca «Casa Rabosa». Y luego una serie de instituciones fideicomisarias sin límites, lo que hacía nulo y como no puesto cuanto se establecía respecto a las mentadas sustituciones. La absoluta diafanidad con que se expresa el artículo setecientos ochenta y nueve, al declarar aplicable a los legatarios cuanto disponen los preceptos que le anteceden relativos a la herencia, determina la plena virtualidad de los artículos setecientos ochenta y uno; setecientos ochenta y cinco, número segundo, y setecientos ochenta y seis. La doctrina de la sentencia de nueve de julio de mil novecientos veintisiete, con singular expresividad, nos enseña cuál es el criterio del Tribunal Supremo sobre las sustituciones fideicomisarias y la necesaria limitación impuesta por los preceptos que fundamentan este motivo de casación. El artículo setecientos ochenta y uno del Código civil utiliza, para tipificar las sustituciones fideicomisarias, las expresiones encargo de conservar y de transmitir, al decir expresamente se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia. El encargo no es, en el criterio de la doctrina, un simple ruego o una mera recomendación, sino la imposición al sustituto de la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero. Por eso en el número primero del artículo setecientos ochenta y cinco nuestro Código sustantivo emplea precisamente la expresión obligatoria terminante. Cita también la sentencia de veintisiete de septiembre de mil novecientos treinta, con doctrina coincidente con la que mantuvieron más tarde las sentencias de dos de marzo de mil novecientos treinta y cinco y seis de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro. Y en cuanto a la limitación de que la sustitución fideicomisaria no puede pasar del segundo grado, la jurisprudencia ha entendido que segundo grado debe considerarse como segundo llamamiento o sustitución. Así, las sentencias de veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, se han pronunciado abiertamente, en el sentido de que el vocablo grado que se emplea en el artículo setecientos ochenta y uno del Código civil ha de interpretarse que significa sustitución o llamamiento. Y en aplicación del artículo setecientos ochenta y seis, la jurisprudencia se ha pronunciado terminantemente en el sentido de que las sustituciones fideicomisarias quedan afectadas de nulidad en cuanto traspasen los límites prefijados por el artículo setecientos ochenta y uno (sentencia de nueve de julio de mil novecientos veintisiete), no perjudicando a la validez de la insitución ni a los herederos del primer llamamiento, pero sí a los llamados en segundo lugar, teniéndose por no escrita la cláusula fideicomisaria (sentencia de veintinueve de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve). Siendo la nota característica y típica de la sustitución fideicomisaria el orden sucesivo impuesto por el testador, y habiéndose establecido en el apartado cuarto de la cláusula cuarta debatida la institución de un legatario para después con una enumeración de un orden sucesivo y de vigencia indefinida, es forzoso concluir que fue correcta la sentencia del Juzgado en cuanto declaró la nulidad de dicha cláusula y la tuvo por no puesta, por lo cual debe ser casado el fallo que impugnamos y en el cual la Sala de apelación revocó el pronunciamiento de Primera Instancia. Postulamos por todo ello que, con estimación del presente motivo, se case la sentencia impugnada, dictándose en segunda sentencia pronunciamientos que vengan a confirmar los del fallo del Juzgado de Primera Instancia de Játiva.

Segundo.—Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia impugnada en infracción de ley por violación del artículo ochocientos sesenta y seis del Código civil. El presente motivo es de naturaleza subsidia-

ría y se articula *ad cautelam* para el supuesto de que no fuera estimado el anterior. La Sala de apelación debió aplicar el artículo ochocientos sesenta y seis del Código civil, que nos enseña: «No producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario», en cuanto la repetida cláusula cuarta, apartado cuarto, venía a atribuir un legado de derecho de arrendamiento a favor de don J. M. B., que ya era arrendatario a la sazón y que, consiguientemente, disfrutaba y estaba en posesión del derecho que se le legaba. El Juez de Primera Instancia de Játiva, en su sentencia, hace mención expresa del obstáculo que implica el artículo ochocientos sesenta y seis del Código civil, en base a la apreciación de las circunstancias de hecho antes referidas. Y la fundamentación procesal de este motivo es análoga a la del anterior: la inaplicación del precepto es una modalidad específica de la violación como concepto genérico de la infracción de ley prevista en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos.

Tercero.—Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia impugnada en infracción de ley por violación del artículo mil quinientos cuarenta y tres del Código civil. La base procesal de este motivo es la misma invocada en los dos que le preceden, ya que igualmente la violación denunciada se ha producido al no aplicarse el precepto cuya infracción nos sirve de fundamento. De modo concreto, el artículo mil quinientos cuarenta y tres del Código civil establece como característica esencial del arrendamiento que éste ha de tener «tiempo determinado». El Código civil es, pues, contrario a la idea de un arrendamiento o aparcería sin duración temporal. No acepta el arrendamiento indefinido. Cita la sentencia de once de febrero de mil novecientos ocho. Por tiempo determinado ha de entenderse aquel cuya duración se determina implícitamente por la sucesión de fracciones de tiempo renovables a voluntad de las partes, tomadas en cuenta para la determinación del precio. Y si nuestro Código sustantivo y la doctrina rechazan la idea de un arrendamiento o aparcería sin duración temporal, es correcta la conclusión sentada por el Juzgado de Játiva, en orden a estimar que, «por tanto, una vez cumplido el término de duración establecido en la legislación común, no cabe rechazar el derecho de goce disfrutado por el señor M. B. hasta el año de su muerte en mil novecientos cuarenta y nueve, en una continuación de un primitivo arrendamiento o aparcería concertado con el testador, puesto que falleció cuarenta y cuatro años antes que el que fue arrendatario o aparcerero, oscureciéndose así el fundamento del pretendido derecho del actor». Y es por ello que al no aplicarse el artículo mil cuatrocientos cincuenta y tres del Código civil, que señala como requisito esencial del arrendamiento «tiempo determinado», se ha producido su violación, en base a la cual procede casar el fallo impugnado y dictar en segunda sentencia pronunciamientos confirmatorios de los proferidos en Primera Instancia.

Cuarto.—Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia impugnada en aplicación indebida del artículo seiscientos setenta y cinco del Código civil. La sentencia recurrida razona partiendo del criterio de que el testador, no obstante usar en su testamento con reiteración las expresiones arrendamiento y aparcería, no tuvo la voluntad de establecer un arrendamiento o una aparcería perpetua en favor de las personas que sucesiva y perpetuamente habían de tener el carácter de arrendamiento o aparcerero. Razona, consiguientemente, en torno a cuál pudiera ser la voluntad del testador, y para ello nos dice «que lo querido por dicho testador no fue más que la fijación de las personas a través de las cuales había de obtener la fundación las cantidades que señalaba a cada finalidad fundacional, a las que la expresada fundación había de permitir o entregar

el cultivo de la heredad». Pero es evidente que la determinación de tales personas se efectúa conforme a un orden de sustituciones en sentido indefinido. Nosotros entendemos que la Sala de apelación para articular su razonamiento aplicaba el artículo seiscientos setenta y cinco del Código civil sobre interpretación de los testamentos, que nos enseña que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». La tesis de casación del presente motivo es que la Sala de Valencia, al aplicar el precepto cuya infracción denunciábamos, no lo aplica de forma adecuada. Cita las sentencias del Tribunal Supremo de dieciocho de mayo de mil novecientos sesenta y tres, dieciocho de junio de mil novecientos sesenta y tres y veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y nueve. La sentencia que combatimos rechaza la calificación de arrendamiento. Pero no puede desconocer ni negar, aun cuando no use de la expresión técnica fideicomisaria, en tanto en cuanto concluye que la voluntad del testador «fue establecer una fundación benéfico-religiosa con carácter perpetuo, fijándola forma de obtener los rendimientos de los bienes con los que se dota a la fundación y las personas a través de las cuales hayan de obtenerse los mencionados rendimientos». Está, por tanto, admitiendo que el testador estableció una vinculación de naturaleza permanente con sucesivos llamamientos. Al rechazar que la voluntad del testador fuese establecer un arrendamiento perpetuo y pretender desentrañar cuál fuera efectivamente su propósito, la Sala de apelación está aplicando indebidamente el artículo seiscientos setenta y cinco del Código civil, por cuanto se plantea la duda sobre cuál fuera aquella voluntad y trata de buscar cuál fuera la intención real del testador. Pero aplica indebidamente el precepto, en cuanto ordena observar «lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento», esto es, que ha de contemplarse en la conjugación armónica del contenido de cuantas disposiciones se contienen en el testamento para inferir, de la articulada relación entre las mismas, cuál pueda ser la voluntad encerrada en la disposición, cuya interpretación suscita dudas. El testador establece un orden sucesorio en el apartado cuarto de la cláusula cuarta, ello es evidente. Pero con independencia de que ese orden de sucesivos llamamientos tiene evidentemente una naturaleza fideicomisaria y que, como antes hemos razonado, hay que tener la cláusula por no puesta, ya que pretende alcanzar más allá del segundo llamamiento. Siendo la interpretación del testamento la actividad que tiene por objeto fijar el sentido y alcance de la declaración de voluntad del otorgante manifestada por medio de las disposiciones testamentarias, se está dentro del marco genérico de la interpretación de los negocios jurídicos que busca fijar el sentido y alcance de las declaraciones de voluntad constitutivas del mismo, poniendo en claro su verdadera significación. Y el principio de interpretación de los testamentos se encierra en indagar la intención cuando las palabras ofrezcan duda sobre lo realmente querido. Con independencia de la supuesta imprecisión técnica que pretenda atribuírsele al uso de la expresión arrendamiento, tanto si efectivamente la voluntad del testador fue atribuir un legado de derecho de arrendamiento como si su intención fue hacer un legado de un derecho innominado, ninguna duda cabe atribuir a las expresiones según las cuales vino a instituir sucesivos llamamientos para el disfrute de tal legado. Es claro que hay una enumeración de sucesivos llamamientos, estándose, por tanto, ante un legado de naturaleza intrínsecamente fideicomisaria, por lo cual el fallo de la Audiencia Territorial debía haber confirmado el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia de nulidad de la institución fideicomisaria debatida teniendo por no puesta la cláusula que la contiene indebidamente. Pero es que, además del conjunto armónico del contenido

de la cláusula cuarta, resulta que lo más importante para el testador es la permanencia a perpetuidad de la fundación benéfico-piadosa instituida, y al no llegarse a esta conclusión por el Tribunal *a quo* se está igualmente infringiendo el artículo seiscientos setenta y cinco del Código civil, al no hacer la aplicación debida del precepto. *Las Partidas* nos enseñaron que «las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como suenan». Sólo cuando se vea claramente que la voluntad del testador fue otra podrá saltarse por encima de ese sentido literal y atribuir un alcance distinto a la disposición testamentaria. Ciertamente que para alcanzar la convicción de que la cláusula es clara y se corresponde con la voluntad del testador ya se está haciendo una interpretación, pues han de valorarse las palabras y medir la congruencia que guardan con la voluntad. Sólo cuando las cláusulas sean oscuras, ambiguas o inexpresivas, el Juzgador deberá, como en cualquier otra interpretación, enfocar toda clase de circunstancias del caso para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador. De conformidad con la supremacía que en la interpretación del negocio jurídico unilateral ha de concederse a la voluntad del disponente, nos enseña las sentencias de uno de junio de mil novecientos cuarenta y seis y ocho de julio de mil novecientos cuarenta. Fue doctrina constantemente reiterada, a lo largo de los años, del Tribunal Supremo que la interpretación de los testamentos correspondía al Juzgador de Instancia, cuyo criterio debía prevalecer en casación, por lo cual se estimaba que era el cauce del número séptimo el único posible para impugnar lo establecido por los Tribunales de Instancia al interpretar las cláusulas testamentarias. Pero a partir de la sentencia de ocho de julio de mil novecientos cuarenta, la Sala a quien tenemos el honor de dirigirnos viene aceptando que se articulan motivos de casación, al amparo del número primero, impugnando la interpretación de los contratos y de los testamentos, cuando es cuestión de Derecho, habiéndose entendido en la sentencia de dieciocho de abril de mil novecientos cuarenta y uno que la función interpretativa ofrece dos fases: una de comprobación de los elementos y circunstancias que revelan la voluntad declarada y exteriorizada y otra en que el Juzgador opera sobre una determinada declaración de voluntad, y para fijar su sentido y alcance aplica las normas que la ley señala, cuestión de Derecho censurable en casación por el cauce del número primero. Por todo lo cual, siendo correcto su planteamiento procesal, procede acoger el presente motivo.

A su vez, el recurso interpuesto por el señor Cura Párroco de M. des-cansa en los siguientes motivos:

Primero.—Al amparo de lo dispuesto en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de ley. Violación por inaplicación del inciso segundo, párrafo primero, del artículo seiscientos setenta y cinco del Código civil. La Sala sentenciadora, de forma ambigua, declara que la dote o legado a la fundación, no es de la propiedad de la finca «Casa Rabosa», sino que lo que se lega o dota son parte determinada de los productos de su explotación, mediante el pago de unas cantidades, sin decir en qué concepto, en qué se valora dicha parte de los frutos. Efectivamente, si la Sala sentenciadora no entendiera que la dote o legado de la fundación son los frutos, no podría admitir el derecho de don J. M., segundo sucesor en el arrendamiento de su padre, don J. M., por fallecimiento de éste y de su madre, ni declarar que tiene derecho a seguir cultivando la finca, como sucesor de su padre, hijo mayor varón, y mucho menos determinar, mediante aplicación, que cita, de la cláusula *rebus sic stantibus*, el valor de aquellos productos o de su parte, que había de entregar en dinero a la fundación. Parece que la sentencia recurrida ha tomado en cuenta la cláusula testamentaria, siempre de forma ambigua, ateniéndose a una mera literalidad de su contenido, sin pensar

en cuál era la intención del testador, que con toda claridad evidencia el desco de que la fundación tenga como dote una finca. Prueba de ello es el hecho de que, en primer lugar, el testador deja el usufructo de la finca a su viuda en forma vitalicia y, en segundo lugar, ordena que se respete el derecho a cultivar la finca a don J. M. y sus sustitutos, respeto a un derecho de cultivo que no puede confundirse en ningún momento con derecho a la propiedad de la finca. La realidad es que el testador instituye una fundación y dota a la misma con un bien mediante el legado de una finca, «Casa Rabosa», y a esta fundación le ordena, en primer lugar, que respete el derecho del arrendatario a continuar en el cultivo de la finca a través de él y de sus sustitutos y después lega el usufructo de la misma con carácter vitalicio a su viuda, consolidándose el dominio en el legatario a la muerte del usufructuario. Cuando se da este supuesto resulta que el legado se encuentra gravado con un derecho personal de cultivar la tierra a favor de don J. M. y de sus sustitutos; orden, manda o legado del testador que grava la finca legada a la fundación. Si la Audiencia hubiera interpretado la cláusula testamentaria en este sentido, las consecuencias de esta interpretación le hubiesen llevado concretamente a no hacer la declaración de derecho expresada en el número tres de su fallo, por impedírsele disposiciones legales concretas que serán objeto de otros motivos de este recurso, y que, sin embargo, ha hecho por entender que la dote de la fundación y el único derecho de ésta consiste en percibir unos frutos o su valor, sin tener en cuenta que si el testador hubiese querido esto habría legado la finca a don J. M. con este gravamen, que hubiese sido válido perfectamente en virtud de la norma contenida en el artículo setecientos ochenta y ocho del Código civil, lo cual no ha hecho el testador, por lo que ha infringido la Sala, por no aplicar la norma indicada en este motivo, la ley que contiene.

Segundo.—Al amparo de lo dispuesto en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de ley. Violación por inaplicación de la norma contenida en el artículo ochocientos sesenta y seis, en relación con los artículos ochocientos setenta y ocho y seiscientos sesenta, todos ellos del Código civil. Al legado que se dona a la fundación piadosa que se instituye en el testamento de don V. T., se le grava con la manda u orden que establece el derecho a continuar en el cultivo de la finca legada a don J. M. y a los sustitutos que se indican en el otorgamiento: esposa, hijos, descendientes. Este derecho a cultivar mediante el pago de una renta anual y de unos gastos, continuando el titular del arrendamiento, no puede ser más ni otro derecho que el de un arrendamiento rústico sobre dicha finca o, en todo caso, un derecho de aparcería. Pero en el momento de otorgarse el testamento, don J. M. era el titular arrendatario, arrendatario, o titular aparcerero, esto es, se le legaba algo que ya le pertenecía. Don V. T. era propietario de la finca «Casa Rabosa», y don J. M. era el arrendatario o aparcerero de dicha finca. Don V. T. otorga testamento, crea una fundación y la dota mediante el legado de la finca «Casa Rabosa», instituyendo una carga o gravamen que lega a favor de su arrendatario, don J. M., y de los sustitutos que expresa, consistente en el derecho a continuar en el cultivo de dicha finca mediante el pago de unas cantidades anuales. ¿Qué valor tiene esta orden, manda o legado a favor de don J. M. y de sus sustitutos? El artículo seiscientos sesenta del Código civil define al legatario como un sucesor a título particular, siendo el legado cualquiera de los bienes, derechos u obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, deferidos en testamento a otra. El artículo ochocientos ochenta y seis del Código civil establece que no producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario. Y el artículo ochocientos setenta y ocho del mismo Código ratifica lo anterior, estableciendo que

la cosa legada cuando al tiempo de hacer el testamento es propia del legatario determina la invalidez del legado. Es evidente que el derecho que se concede a don J. M. en el testamento, cosa que se le lega, era propia de él, un derecho arrendaticio que ya tenía como arrendatario o aparcerero que era; a pesar de ello, la sentencia recurrida estima que la cláusula en que se concede este legado es válida y no hay precepto alguno que impida su validez y su cumplimiento y el derecho del testador a establecerla, y si hace esta afirmación y la consiguiente declaración, en su fallo está olvidando que existen los preceptos antes citados y, por tanto, no los aplica, con lo que por esta inaplicación viola su normativa.

Tercero.—Al amparo de lo dispuesto en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de ley. Violación por inaplicación de las normas contenidas en el artículo setecientos ochenta y uno del Código civil, en relación con el número segundo del artículo setecientos ochenta y cinco y el artículo setecientos ochenta y nueve del mismo Código. En la cláusula cuarta del testamento objeto de estos autos, al establecerse el legado del derecho al cultivo de la finca «Casa Rabosa» a favor de don J. M., se ordena una sustitución, para caso de fallecimiento del mismo, a favor de su esposa; cuando suceda el de ésta, a favor del hijo varón mayor del matrimonio; después, a favor del descendiente mayor varón, y así sucesivamente, sin límite alguno. La Audiencia Territorial de Valencia estima que la cláusula es válida, a pesar de que instituye esta sustitución ilimitada, que está prohibida por la ley, luego la infringe. El artículo setecientos ochenta y nueve del Código civil establece que la norma general de que todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios. Concretamente, establece la aplicación a los legados y legatarios de las normas relativas a las sustituciones hereditarias, y entre ellas, a la que específicamente nos interesa, la sustitución fideicomisaria, definida y regulada en los artículos setecientos ochenta y uno y setecientos ochenta y cinco del Código civil. Desglosando los conceptos jurídicos que se vierten en el artículo setecientos ochenta y uno del Código civil y aplicándolos a la materia de legados podríamos transcribir el precepto en la forma siguiente: Las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al legatario que conserve y transmita a un tercero el todo o parte del legatario, serán válidas y surtirán efectos siempre que no pasen del segundo grado, que se hagan en favor de personas que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador. Aplicando el precepto al caso de autos podemos decir que en la cláusula testamentaria cuarta se encarga a la fundación piadosa creada (legataria) que conserve y transmita a un tercero (don J. M. y sus sustitutos) parte del legado (consistente en el derecho de explotación mediante renta de la finca legada); serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador (a favor de don J. M., de su esposa y de su hijo varón y mayor, o bien de don J. M., primer grado, y el siguiente sustituto, segundo grado). Lo anterior sería válido, pero la cláusula que comentamos contiene una vinculación perpetua: el testador vincula el derecho que lega a favor de don J. M., de arrendamiento de la finca «Casa Rabosa», con carácter perpetuo para don J. M., sus hijos y sus descendientes, sin limitación alguna: nietos, bisnietos, etc., esto es, a favor de una persona y de sus generaciones posteriores sin límite. Si esto es así, la cláusula testamentaria que recoge esta sustitución fideicomisaria incide contra lo dispuesto en el artículo setecientos ochenta y uno del Código civil, y asimismo en el párrafo segundo del artículo setecientos ochenta y cinco del mismo Código, y al hacerlo se hace acreedora de la norma establecida en dichos preceptos, esto es, la cláusula no será válida ni

surtirá efectos al pasar del segundo grado y establecerse con carácter perpetuo e indefinido. Que éste es el sentir legal lo demuestra el contenido normativo del artículo setecientos ochenta y siete del Código civil, aplicable al caso de autos, al determinar que es válida la disposición testamentaria que deje a una persona el todo o parte de la herencia (o un legado) y a otra en usufructo, pero que si se llamare al usufructo a varias personas sucesivamente se estará a lo dispuesto en el artículo setecientos ochenta y uno del Código civil. No vemos la diferencia que pueda existir entre legarle a uno el usufructo o legarle el derecho arrendaticio sobre la cosa legada. A los efectos de esta norma, la limitación es la misma, la sustitución no puede pasar del segundo grado. Si la sentencia recurrida establece que no existe norma alguna que impida a una persona establecer una forma sustitutoria en el derecho a cultivar una finca que lega, es porque no ha tenido en consideración la existencia de los preceptos antes citados, y en su virtud, al no aplicarlos, los ha violado.

Cuarto.—Al amparo de lo dispuesto en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento. Infracción de ley y de doctrina legal. Violación por inaplicación de la norma contenida en el artículo mil quinientos cuarenta y tres del Código civil y doctrina legal establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho y catorce de febrero de mil novecientos cincuenta y tres. Dichos preceptos y doctrina legal establecen que el goce o uso de la cosa que se da en arrendamiento lo es por tiempo determinado o determinable, pero cierto. La sentencia recurrida declara la validez de un derecho a cultivar mediante renta de carácter indefinido y perpetuo, con lo que viola la ley que exige el plazo determinado en el arrendamiento. El artículo mil quinientos cuarenta y tres del Código civil, al definir el arrendamiento de cosas, establece los requisitos indispensables para su validez; el goce o uso que se da al arrendatario ha de ser por tiempo determinado y precio cierto. Si no existe la temporalidad, no existe arrendamiento; es un imposible jurídico o una aberración inexistente el contrato de arrendamiento por tiempo ilimitado. Esta es la doctrina contenida en las sentencias de veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho y catorce de febrero de mil novecientos cincuenta y tres. Pues bien, si vamos al caso de autos, se lega un derecho de goce sobre la finca «Casa Rabosa»; derecho que va a durar indefinidamente y a perpetuidad, puesto que se establece a favor de una persona, su familia y las generaciones de esta familia posteriores con carácter indefinido, ilimitado o perpetuo, con lo cual lo que se hace es desmembrar del derecho de propiedad de «Casa Rabosa» este derecho de goce, dejándolo desnudo de él para siempre. Si la Sala sentenciadora, en su sentencia, que le sirve de apoyo jurídico a la declaración número tres de su fallo, establece la validez de dicha cláusula, y con ello el establecimiento válido de un derecho a cultivar, mediante pago de renta o cantidades en metálico, a perpetuidad a favor de don J. M. y de las generaciones posteriores de su familia, sin límite, lo que está haciendo es olvidando que existen las normas y doctrinas legales antes expresadas, por lo que no las aplica y, en suma, lo que hace es violarlas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara haber lugar a los motivos primero del recurso y tercero del segundo recurso, casando la sentencia recurrida conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que la sentencia recurrida, interpretando la cláusula testamentaria cuarta, materia del litigio, estima «que no cabe pensar que la voluntad del testador fuera la de establecer un arrendamiento o una aparcería perpetua en favor de las personas que sucesiva e indefinidamente habían de tener el carácter de arrendatario o aparcerero, sino que lo querido por dicho testador no fue más que la fijación de las personas

a través de las cuales había de obtener la fundación las cantidades que señalaba, a las que habría de permitir o entregar el cultivo de la heredad»; premisa ésta que ha dado lugar a la formalización de los recursos de casación por parte de las representaciones de don J. G. M. y de don A. R. M. G., respectivamente.

Considerando que se hace conveniente estudiar previamente los motivos cuarto y primero del primer recurso aducido, así como al propio tiempo, dada su identidad, la de los primeros y tercero del segundo, que denuncian, respectivamente, la infracción del artículo seiscientos setenta y cinco del Código civil, en cuanto a los primeros citados de cada recurso, y la violación del setecientos ochenta y cinco, número segundo, del mismo Cuerpo legal, en su relación con los setecientos ochenta y uno, setecientos ochenta y nueve y setecientos ochenta y seis del citado Código, en cuanto se refiere a los motivos primero y tercero de los mismos, en segundo lugar.

Considerando que la interpretación hecha por la Sala sentenciadora, en relación con la cláusula cuarta del testamento, resulta totalmente ambigua, ya que no determina en modo alguno el concepto en que don J. M. y sus descendientes son instituidos en dicho documento ni la naturaleza del derecho que se deriva de la vinculación establecida por el testador, cuando es lo cierto que en el mismo se fija con claridad las personas a través de las cuales había de obtenerse para la fundación que se crea en el testamento, las cantidades que en el mismo se determinan, y al propio tiempo se señalan las personas que debieran cultivar y trabajar la heredad, unido ello al «precio cierto» de dos mil pesetas en que se fija el «arrendamiento», que en el propio documento se regula, por lo que es obvio que su naturaleza encaja precisamente en la de los contratos de arrendamiento y aparcería, y así se desprende de la interpretación literal de los números tercero y cuarto de la cláusula cuarta del testamento discutido, en cuanto en ellos se expresa que «aquellas cantidades vendrá obligado a entregarlas anualmente el *arrendatario o aparcerero* de la citada heredad, entendiéndose que con ello dejará satisfecho el precio *del arriendo o aparcería*», y también al ordenar el testador «que sea respetado en el cultivo de dicha finca *su actual arrendatario y aparcerero*, J. M., continuando a su fallecimiento *con tal derecho* su esposa, y al de ésta, sus hijos y descendientes»; literalidad ésta de las cláusulas mencionadas que lleva en sí cuál fue la voluntad e intención del testador, respetada ya con el hecho acreditado, según la sentencia recurrida, en cuanto que ese arrendamiento lo llevó el entonces arrendatario y aparcerero, y que al fallecer el causante, lo prolongó aquél hasta su muerte, ocurrida en el año mil novecientos cuarenta y tres, y que con tal motivo sucedió en el mismo su hija, esposo de ésta e hijos de ambos, conjuntamente, por ser ellos los que convivieron con aquél y cooperaron con éste en el cultivo y explotación de la finca, por lo que siendo la voluntad real del testador, según las normas interpretativas, la de instituir un «arrendamiento o aparcería» en aquellos sujetos que señala en el documento testamentario, es obvio que se ha incidido en la sentencia recurrida en la infracción del artículo seiscientos setenta y cinco del Código civil, que denuncian los motivos cuarto del primer recurso y primero del segundo, ya citados, por lo que resulta obligado la viabilidad de ambos.

Considerando que habida cuenta del reconocimiento de una vinculación arrendaticia para J. M., sus hijos y descendientes, y que ella lleva en sí el carácter de «perpetua», sin limitación alguna, o lo que es lo mismo, a favor de una persona y de sus generaciones posteriores, sin límites, es claro que ello está encuadrado en la nulidad señalada en el artículo setecientos ochenta y uno y setecientos ochenta y cinco del Código civil, por cuanto ya el setecientos ochenta y nueve establece la norma general de que todo lo dispuesto en el capítulo tercero respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los «legatarios», por lo que se hace evidente que si nos encontramos ante un «legado de derecho de arrendamiento», dadas

las condiciones en que está otorgado el mismo, al haberse estatuido fuera ya del «segundo grado», que señala el artículo setecientos ochenta y uno, la institución así constituida no es válida, teniendo presente que ya la doctrina de este Tribunal viene sentando con reiteración que el vocablo «grado», que se menciona en aquel precepto, ha de entenderse como «llamamiento» o «segunda institución»—sentencias de veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, entre otras—, y siendo así ha de reconocerse el error cometido en la resolución impugnada al haberse infringido los preceptos mencionados y, en su consecuencia, se impone la viabilidad de los motivos primero del primer recurso y tercero del segundo, lo que lleva en sí la admisibilidad de ambos, sin que sea necesario el estudio de los restantes motivos, ya que éstos llevan el carácter de subsidiarios para el caso de que no fueren estimados los que han sido objeto de los fundamentos precedentes, por todo lo cual se hace imperativo dictar la resolución que prevé el artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y en su segunda sentencia confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia de Játiva.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA REVERSION DE LOS BIENES EXPROPIADOS (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1976).

I. ANTECEDENTES

1. El 5 de septiembre de 1935, el Ayuntamiento de Madrid acordó la expropiación de un solar en la calle de Hilarión Eslava. El Ayuntamiento, después de destinar una parte del solar a viales, incluye el resto en el Inventario de Bienes Municipales con destino a la venta.

2. El 17 de abril de 1970, los propietarios del inmueble presentan un escrito dirigido al Alcalde solicitando la reversión de la parte del solar no destinado a viales, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa, por haber transcurrido tiempo más que suficiente para la ejecución del proyecto que motivó la expropiación. Y no habiéndose dictado resolución expresa a aquella petición, por escrito de 4 de agosto de 1970 denunciaron la mora.

3. El 30 de abril de 1973, los propietarios presentan un nuevo escrito dirigido al Ayuntamiento, en el que haciendo referencia al anterior escrito y teniendo en cuenta que habían transcurrido más de dos años sin que la Administración se hubiese pronunciado, había llegado el momento de formular el derecho de reversión. El 31 de julio de 1973 denuncian la mora.

4. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta, la Audiencia de Madrid dictó sentencia el 5 de noviembre de 1974, en la que se declaraba haber lugar al derecho de reversión en la parte edificable del solar.

5. El Ayuntamiento interpuso recurso de apelación contra la sentencia de la Audiencia, que fue desestimado por la sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1976.

II. LA SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1976

Esta sentencia (de que fue ponente Adolfo Carretero), en sus considerandos segundo y tercero sienta la siguiente doctrina:

«Considerando que la cuestión que plantean ambas partes consiste en determinar si los demandantes en Primera Instancia ejercitaron el derecho de reversión, que les fue reconocido en la sentencia apelada, lo fue de forma directa y sin que hubiese sido precedido del preaviso del propósito de ejercitarlo, que previene el artículo 64, 2, del Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957, del que se desprende la necesidad de que el propietario expropiado realice ante la Administración una

declaración de voluntad, advirtiendo a la Administración expropiante de su propósito de ejercitar la reversión, cuya falta privaría al expropiado del requisito habilitante para solicitarla en forma.

Considerando que el 17 de abril de 1970, los demandantes dirigieron un escrito al Alcalde de Madrid, como Presidente de la Gerencia, exponiendo que expropiado un solar de su propiedad el 5 de septiembre de 1935, sin haberse ejecutado el proyecto que determinó la expropiación, se procediese, como se suplicaba literalmente, 'a abrir un expediente de revisión a su favor', según el artículo 63 del Reglamento de Expropiación Forzosa, y transcurridos tres años sin obtener contestación, el 30 de abril de 1973 volvieron a formular escrito, en el que alegaban que habiendo puesto en conocimiento de la Administración, el 17 de abril de 1970, su deseo de ejercitar la reversión, anunciando con carácter previo la advertencia del artículo 64, 2, del Reglamento de Expropiación Forzosa, de acuerdo con este precepto, por haber transcurrido más de dos años sin que se les haya notificado resolución al respecto, tenga por formulado el ejercicio del derecho de reversión, de cuyos antecedentes se deduce que se han cumplido los requisitos exigidos por el citado Reglamento, ya que el preaviso tiene por finalidad dar a conocer la intención de formular en su día el derecho de reversión y de conceder un plazo de dos años a la Administración para obrar en consecuencia a la vista de todos los elementos de juicio que abonen la procedencia de la misma, teniendo el preaviso la función de preparar la reversión, y por ello no es necesario que el escrito de advertencia o preaviso se confeccione con formulismos concretos, sino que basta con que revele el anuncio del interesado, identificando los bienes sobre los que ha de recaer la reversión, como así lo ha interpretado la sentencia de esta Sala de 18 de mayo de 1971.»

III. COMENTARIO

1. *El derecho de reversión*

La reversión constituye una de las garantías fundamentales del administrado. Si lo que justifica y legitima la privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos en que la expropiación consiste (art. 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa) es la realización de un fin de utilidad pública o de interés social, así declarado con los requisitos formales que la ley establece (arts. 9-14), lógico es que cuando no se produzca la afectación al fin concreto que determinó la expropiación, se reconozca al expropiado el derecho a recobrar el bien expropiado. De aquí que se haya configurado la reversión como un derecho real administrativo de adquisición (1). Como dice una sentencia de 22 de abril de 1967, «según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de mayo de 1962 y 27 de abril de 1964, el derecho de reversión no es continuación de un expediente de expropiación forzosa ya terminado, sino un derecho otorgado en determinados casos a los que fueron dueños de fincas expropiadas, y amparado por la legislación vigente cuando trate de ejercitarse» (2).

El artículo 67 de la Ley del Suelo (texto refundido vigente), superando las dudas planteadas en la doctrina y la jurisprudencia, reconoce con generalidad el derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas y lo remite al régimen común de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa.

(1) Así, en nuestro trabajo *Los derechos reales administrativos*, Madrid, 1975, pág. 47.

(2) Así, en mi trabajo *Comentarios a la Ley del Suelo*, 2ª ed., Madrid, 1976, págs. 440-441.

2. *Los requisitos del derecho de reversión*

Para que proceda la reversión han de darse los requisitos exigidos por la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa. En definitiva, el requisito esencial es la no afectación del bien al destino previsto. Toda la normativa legal y reglamentaria trata de arbitrar los medios para que los expropiados o sus causahabientes puedan, cuando se dé aquel presupuesto esencial, recuperar la propiedad de que se vieron privados.

Adquiere especial relieve el supuesto—que es, naturalmente, dada la irresponsabilidad de la Administración, el normal—de que no producida la afectación y siendo evidente que no llegará a producirse, no se produce notificación alguna al expropiado. A este supuesto se refiere el apartado 2 del artículo 64 del Reglamento de Expropiación Forzosa, que dispone: «En todo caso, transcurridos cinco años desde la fecha en que los bienes o derechos expropiados quedaron a disposición de la Administración sin que se hubiere iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio, o dos años desde la fecha prevista a este efecto, los titulares de aquellos bienes o derechos o sus causahabientes podrán advertir a la Administración expropiante de su propósito de ejercitar la reversión, pudiendo efectivamente ejercitarla si transcurren otros dos años desde la fecha de aviso sin que se hubiere iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio.»

Para que el precepto sea aplicable bastará, pues, el transcurso de los plazos señalados sin que se hubiese iniciado la ejecución de las obras o establecido el servicio.

Ahora bien, transcurridos estos plazos no nace, sin más, el derecho de reversión. Es necesario algo más: la advertencia a la Administración de que se va a ejercitar la reversión. Y sólo si transcurren dos años desde esta advertencia sin que se hubiese iniciado la ejecución de las obras o establecido el servicio es cuando queda expedito el procedimiento de reversión.

3. *Interpretación antiformalista del requisito de la advertencia previa*

El Ayuntamiento de Madrid, obstinado en obstaculizar el ejercicio del derecho de reversión, trató de defender que se había ejercitado el derecho de reversión en forma directa, sin la advertencia previa, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 64, 2, del Reglamento. Lo que suponía una interpretación formalista del precepto reglamentario. Pues sólo así podría negarse el carácter de advertencia reglamentaria al escrito presentado el 17 de abril de 1970.

La lectura del escrito de 17 de abril de 1970 pone más que de manifiesto el propósito. El aviso se hacía, en definitiva, con todos los requisitos exigidos por el artículo 64, 2, del Reglamento de Expropiación Forzosa. Si tras de este escrito se hubiera acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa hubiera sido admisible la tesis de la Gerencia; pero el expediente demuestra que no fue así, sino que los expropiados aguantaron pacientemente el plazo de los dos años para formular el definitivo escrito y tras ello acudir al contencioso-administrativo.

Resulta absurdo que la Gerencia Municipal de Urbanismo pretenda exigir un formulismo para este escrito en este caso, que la ley no exige. El aviso, el propósito, el deseo de los propietarios de ejercitar la reversión, es manifiesto, por lo que no puede mantenerse en modo alguno la tesis sustentada por la Gerencia Municipal de Urbanismo.

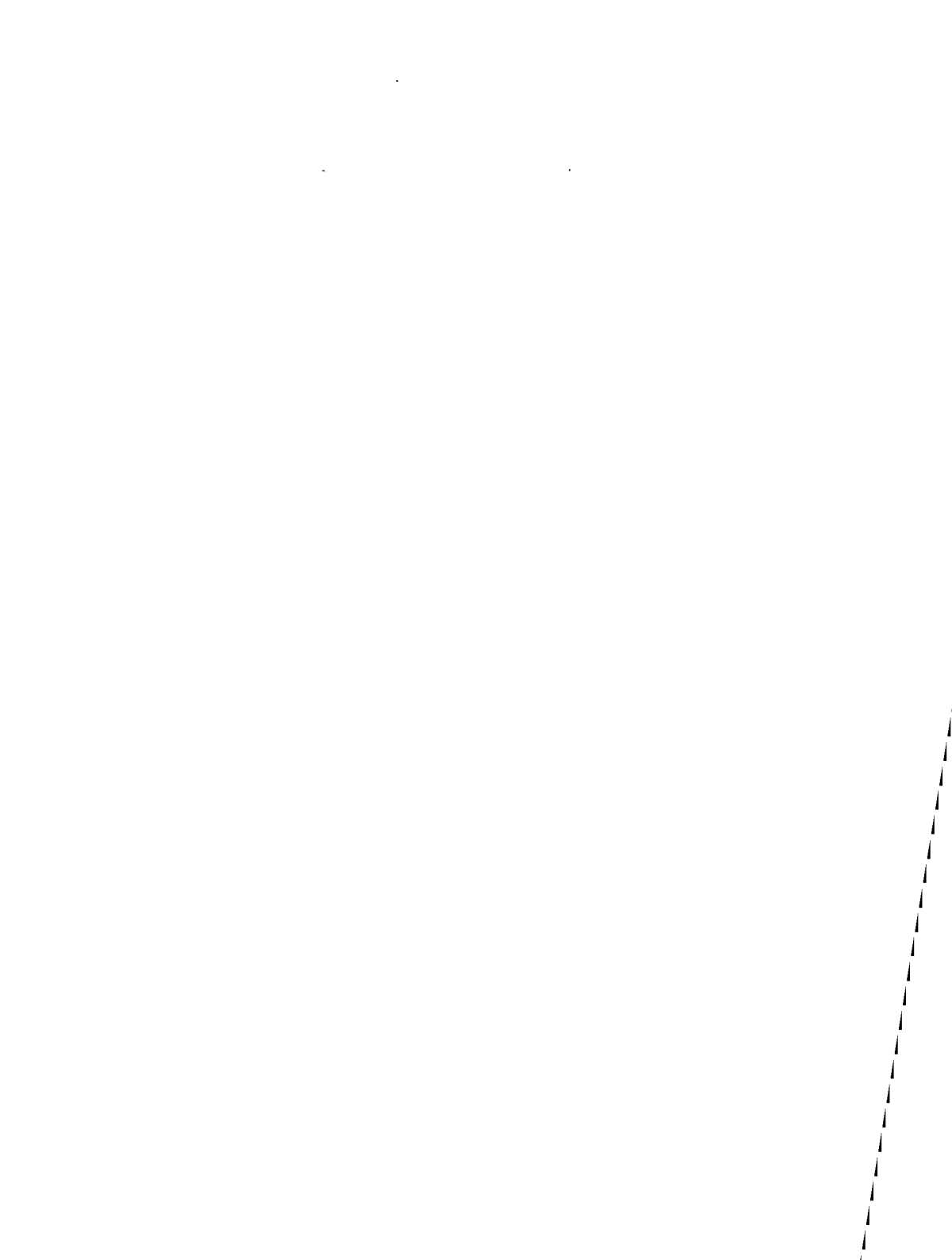
Y así lo había reconocido una sentencia de 8 de mayo de 1971, que al estudiar un caso análogo, en el que se ponía en tela de juicio aquel pro-

pósito, no dudó en dar todos los efectos al primitivo escrito, para entender cumplimentado el requisito de la advertencia exigido por el artículo 64, 2, del Reglamento de Expropiación Forzosa.

La sentencia ahora comentada reitera la doctrina de ésta de 8 de mayo de 1971 y, con buen criterio, sienta la doctrina general de que *teniendo el preaviso la función de preparar la reversión..., no es necesario que el escrito de advertencia o preaviso se confeccione con formalismos concretos, sino que basta con que revele el anuncio del interesado, identificando los bienes sobre los que ha de recaer la reversión.*

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LIBROS



GARCÍA CASAS, J.: *Vía gubernativa y proceso civil*. Editorial CYMYS, Barcelona, 1975.

En una de las publicaciones más utilizadas por los juristas españoles, esto es, las famosas *Leyes*, de MEDINA y MARAÑÓN, a continuación del texto del Código civil español y las legislaciones forales, existía un apartado con la enunciación de los «Principios de Derecho» consignados en los Códigos romanos, en *Las Partidas*, en el texto de las Decretales y en las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Eran frases que ya en nuestros primeros pasos por la Universidad habíamos aprendido como inicial vestidura de nuestra posible categoría de juristas.

No puedo recordar ahora si a la procesal *Incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*, le seguía o no ese otro principio que me ha venido persiguiendo con auténtica preocupación desde entonces: para llamar de tú al Estado en la vía civil es preciso «agotar la vía administrativa». Aquello que más o menos se comprendía, no se llegaba, sin embargo, a percibir con plena claridad en cuanto a dificultades y tropiezos representaba. Verdaderamente que después de «agotar», terminar ese camino que supone una calle sin salida administrativa, se encuentra uno tan *agotado*, que muchas veces renuncia uno a ese horizonte azul que supone la vía civil. Otros, más técnicos, emplearon la expresión de «apurar», más que de «agotar», pero ambos verbos son poco alentadores.

Pues bien, de ese «agotamiento», que supone—como dice el autor—un privilegio de la Administración Pública para no verse envuelta en un litigio con los particulares sin la preparación necesaria, es de lo que trata el libro que recensamos. Legalmente, técnicamente, la vía gubernativa no pasa de ser una excepción dilatoria. La ley pretende—y habla de nuevo el autor—que cuando un particular prepare ante los Tribunales de Justicia una pretensión de naturaleza civil frente al Estado, vaya precedida de un intento de solución por vía gubernativa, reclamando al Estado, con carácter de solicitud y no de recurso, lo que más tarde habrá que reclamarle ante los Tribunales, con la actuación procesal del principio de igualdad de partes.

Lo que el autor, Doctor en Derecho, Profesor Adjunto de Derecho Procesal en la Universidad de Sevilla, explica tan técnicamente, en mi poca familiaridad administrativa-procesal se convierte en una especie de «ensayo general» antes de emprender la representación teatral del estreno, es la maniobra previa al combate, es la preparación con recitación de temas antes del drama de ejercicio de oposición, etc. Es algo previo, requisito necesario, exigencia, prolegómeno...

Prologa la obra FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, que con mano firme traza el esquema elogioso del contenido de la obra de uno de sus discípulos. De este prólogo nos vamos a servir, en parte, para llegar a precisar lo que el lector pretende saber en esta recensión. Estructuralmente, la obra tiene cinco partes bien diferenciadas: la evolución histórica, la naturaleza jurídica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la normativa vigente y la

vía gubernativa en procesos civiles especiales. La obra va precedida de una introducción y delimitación de materia, un índice sumarial, y seguida de unas conclusiones generales, un índice bibliográfico y dos cronológicos de legislación y jurisprudencia. Se nota la ausencia de un índice alfabético de conceptos.

A) *Evolución histórico-legislativa*.—Creo que es importante el tema del deslinde o delimitación de conceptos, pues involuntariamente se suelen utilizar la «vía gubernativa y la administrativa», debiéndose reservarse, conforme dice el Profesor CLAVERO, la primera para los trámites previos a los litigios en los que pueda intervenir la Administración, mientras que la segunda es la previa a los litigios contencioso-administrativos.

En la evolución histórica se parten de dos grandes etapas: la anterior y la posterior a la actual Ley de Enjuiciamiento Civil y la anterior y posterior a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, pues la que el autor señala referida a la Ley de Régimen Local de 17 de marzo de 1945 no es más que un peldaño anterior a la de Procedimiento Administrativo. En unas y otras se expone cómo la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge el requisito de la vía gubernativa en el artículo 533, 7.º, como «excepción dilatoria» frente a demandas dirigidas contra la Hacienda Pública. La Ley de Régimen Local recoge como *necesaria* la medida en el artículo 376, y la Ley de Procedimiento Administrativo en el artículo 138 amplía el requisito de la vía administrativa como «requisito previo» al ejercicio de acciones fundadas en el Derecho privado o *laboral* contra el Estado y Organismos Autónomos.

Cita también otra serie de disposiciones especiales en las que resplandece el principio ya citado.

B) *Naturaleza jurídica*.—La construcción jurídica de la figura es siempre necesaria si quiere uno luego sacar alguna conclusión más o menos aceptable. Por ello, el autor, con pleno dominio de la materia, apunta, profundiza y se decide—por último—por alguna de estas construcciones jurídicas: a) La que estima la misma como una potestad jurisdiccional de la Administración Pública, según el trabajo de LUIS M. MIGUEL IBARGUEN. b) Como una concreción de los múltiples privilegios administrativos, según GODED MIRANDA, ALONSO OLEA y otros. c) Vía gubernativa como presupuesto procesal de la acción civil o del proceso mismo, según la tesis de GUASP, frente al concepto de «excepción procesal», que maneja PRIETO CASTRO. d) Como mera excepción procesal, conforme a la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el autor antes citado. e) Como substitutiva del acto de conciliación entre particulares. f) Como presupuesto procesal análogo al procedimiento administrativo previo al contencioso-administrativo.

El autor va descartando posturas y termina por fijarse en la que entiende se trata de un «presupuesto procesal» análogo al procedimiento administrativo previo al contencioso.

C) *Posición del Tribunal Supremo*.—El capítulo destinado a exponer la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia es un complemento del anterior sobre su naturaleza, pero con todo no deja de ser interesante, pues la opinión del Alto Tribunal suele inclinar balanzas a la hora de la decisión doctrinal definitiva.

Seis son las posturas que el autor estudia a través de la jurisprudencia y que se corresponden con las seis teorías anteriormente citadas al abordar el tema de la naturaleza. Predominan en ellas la construcción como «presupuesto procesal» o como «excepción dilatoria», sin perjuicio de que también se registren numerosas en las que se habla de «acto de conciliación». En todo caso, el Tribunal Supremo ha entendido que se trata de

acto «subsancable en cualquier trámite del proceso», al igual que el trámite de la conciliación. Las sentencias manejadas oscilan entre los años 1885 y 1972.

D) *Régimen jurídico*.—Para exponer el contenido de este capítulo o parte del libro, el autor se vale de la distinción según que la reclamación de la vía gubernativa se mueva como requisito de acción civil frente al Estado, frente a las Corporaciones Locales y contra Organismos Autónomos. Por supuesto, el esquema amplio de la exposición se hace en el ejercicio de acciones civiles frente al Estado, para luego operar con remisiones y destacar especialidades en los otros casos.

En la materia del Estado, aparte de reseñar los textos vigentes y aplicables, destaca una exposición en la cual se examinan los requisitos (objetivos y subjetivos, aparte de los formales), el procedimiento (interposición, sustanciación y resolución) y efectos. En este último apartado es donde el autor demuestra, al examinar diversos supuestos, la entidad práctica de su estudio, siendo de imprescindible utilización para el jurista que trate de introducirse en esos campos.

Pone el autor de relieve, en unas cuantas páginas destinadas a la crítica del sistema, la total desarmonía existente en la materia entre las leyes procesales y las administrativas (cosa que pasa con mucha frecuencia en otros campos) y sería deseable una reforma que agilizase el procedimiento.

E) *Casos especiales*.—Entre los mismos estudia con cierto detenimiento los que suscita el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y la Legislación de Montes.

En el primero—y por la redacción de las causas taxativas que permiten una oposición al mismo—trae de nuevo el viejo problema de si cabe o no frente al Estado. La conceptualización del proceso en su carácter ejecutivo al estilo de GUASP, DE LA PLAZA, ROCA y LA RICA hace inclinar la balanza negativa de su admisión, pero el autor mantiene la postura de su posibilidad no sólo en base de infinidad de sentencias de Audiencia en que así se ha resuelto, sino a los Decretos de competencia de 3 de noviembre de 1949, 1 de febrero de 1950 y 29 de enero de 1951; mas admitida su posibilidad hay que hacerlo con todas sus consecuencias, es decir, con los mismos requisitos que operan cuando se demanda al Estado en las demás circunstancias y, por consiguiente, el agotamiento de la vía gubernativa. Su opinión, razonada, es discutible a la vista de las sentencias y casos que el mismo autor aporta.

Cita algunas de las especialidades que ofrece la Ley de Montes frente al artículo 41 de la Ley Hipotecaria y la problemática de una posible doble reclamación previa a la judicial cuando se trate de montes del Ayuntamiento, por el juego de la Ley de Montes y la Ley de Régimen Local. Cita igualmente otros supuestos de procesos especiales.

Ni que decir tiene que el autor al concluir su obra y sentirse en la obligación jurídica—no digo moral—de sacar conclusiones, se pronuncie desfavorablemente por esta especie de privilegio que coloca a la Administración en plano de desigualdad y cercena el principio de celeridad del proceso. Prevé una posible reforma y una reconsideración del supuesto.

Observando con serenidad la tramitación burocrática de la vía gubernativa—engordada por ósmosis del poder y autoridad que el Estado ostenta—hay que sentirse identificado con el autor en orden a posibles reformas, pues si de verdad aquella frase del discurso de la Corona de que «nadie espere un privilegio» puede ser algún día realidad, es de esperar que la misma no se aplique solamente al ciudadano.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *Los recursos administrativos y económico-administrativos*. Ed. Civitas, Madrid, 1975, 441 págs.

1. Decía UNAMUNO que en la labor mental del estudioso aparecen perfectamente diferenciadas dos etapas. La una es la etapa del *anabolismo* espiritual, periodo de asimilación en que se lee, se estudia, se reflexiona y se va viendo surgir en la mente nuevos núcleos de ideas o empezar a reducirse a sistemas de ellas verdaderas nebulosas ideales. La otra es la etapa de *catabolismo* espiritual, en que se da uno a escribir, a veces desordenadamente, para expresar ideas.

Cuando el hombre ha de estudiar sometido a presiones o condicionamientos externos, del tipo que sean, la oscilación normal de esos periodos se ve alterada, y se entra en la etapa *catabólica* cuando aún no está debidamente cumplida la etapa *anabólica*.

En cambio, cuando el hombre vive en reconfortable reposo, «lejos de la enloquecedora muchedumbre», *far from the madding crowd*, que decía GRAY, estudiando con calma y produciendo con calma también, en lento ritmo, esos dos periodos mentales, el de asimilación y el de producción, se suceden de un modo natural, lenta, pero indefectiblemente.

Este es el caso admirable de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, que, al margen de su labor de Abogado en ejercicio, viene dándonos ejemplo de lo que puede llegar a ser una obra que se hace día a día, sin prisa, pero sin pausa, en la soledad de las horas dedicadas al estudio del Derecho administrativo.

Es por eso la obra de GONZÁLEZ PÉREZ una obra *digerida*, pensada. De ahí también su claridad, tan difícil de conseguir en su aparente facilidad.

Ahora que parece estar de moda aventurar clasificaciones de las escuelas administrativas (sin tomarse, por lo general, la molestia de definir lo que debemos entender por «escuela»), y que algunos se apresuran a declararse miembros de la «escuela democrática del Derecho administrativo» (porque también parece que hay un *bunker* en la Ciencia del Derecho administrativo), podríamos quizá—y al margen de otros posibles encuadramientos—decir que GONZÁLEZ PÉREZ pertenece a la «escuela cartesiana del Derecho administrativo», con lo que quiero afirmar que «es del linaje de aquellos que de lo oscuro a lo claro aspiran» (GOETHE).

2. El libro de lo que hacemos consideración se presenta como tercera edición de la obra que, con el más breve título de *Los recursos administrativos*, había ya publicado el autor.

Sólo una ligera referencia—simple dación de fe de su aparición—merecería si efectivamente fuera sólo eso. Pero aparte de la completa actualización de las citas (bibliográficas, normativas y jurisprudenciales), contiene esta edición dos capítulos que no aparecen en las anteriores, y que son precisamente los dos capítulos primeros, que llevan por título, respectivamente, «La autodefensa administrativa» y «Revisión de oficio».

Ello justifica los honores de una recensión crítica y no meramente descriptiva de la obra. Y es que, con el maestro D'ORS, pienso que la recensión—si lo es de verdad—debe serlo crítica. Y que debemos rechazar, como forma de paletismo científico, esa especie de convención de que una recensión debe ser necesariamente un elogio entusiasta y una adhesión incondicional a las tesis sustentadas por el autor.

Y como quiera que el capítulo de la «Revisión de oficio» nos era ya conocido también, dado que aparecía—salvadas las naturales omisiones de trabajos o sentencias aún no producidos—en su «Procedimiento administrativo», vamos a hacer unas consideraciones en torno al tema del capítulo introductorio: «La autodefensa administrativa».

3. Más que una crítica de lo que en el libro se dice sobre la autodefensa administrativa, trato de manifestar las dudas en que por el mo-

mento estoy sumido en relación con este tema. En definitiva, me pregunto si con esta institución o figura jurídica, que empieza a cobrar cierto predicamento en la doctrina, vamos a alguna parte. No se trata, pues, de manifestar una oposición rotunda a su admisión, sino de explicitar el curso actual de mi pensamiento sobre esta categoría, que apadrinada por firmas de indiscutible solvencia en nuestra doctrina administrativa (un GONZÁLEZ PÉREZ, un GARCÍA DE ENTERRÍA) parece haber adquirido carta de naturaleza en nuestra literatura científica.

Aquí sí que puede decirse que mi pensamiento sobre el tema está todavía en su fase anabólica. Pienso que la meditación del libro de GONZÁLEZ PÉREZ me ofrece una oportunidad—que no debo desaprovechar—de poner un poco en orden mis ideas sobre esta llamada «autodefensa administrativa», a la que indistintamente se califica como dogma, como principio y como técnica.

4. La cuestión terminológica no parece que resulte de mayor importancia. GONZÁLEZ PÉREZ, siguiendo a ALCALÁ ZAMORA, habla de *autodefensa*. GARCÍA DE ENTERRÍA, que parece seguir a BENVENUTI, prefiere hablar de *autotutela*. Puede aceptarse que, «como tantos otros vocablos de la terminología usual o científica...», es más una denominación sobrentendida que un concepto rigurosamente establecido» (ALCALÁ ZAMORA).

Mayor interés ofrece, en cambio, fijar la noción misma de autodefensa. Y es el caso que en la obra que motiva nuestra meditación no se nos dice terminantemente qué debe entenderse por autotutela.

Podría pensarse que puesto que nuestro autor empieza citando la fundamental obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*, es la concepción de ALCALÁ ZAMORA la que acepta y que, por tanto, en el ámbito concreto de las relaciones jurídico-administrativas, que es el que nos interesa, la autodefensa quedaría referida a los supuestos que cita el procesalista español exiliado en Méjico: jurisdicción disciplinaria, tribunales de honor y recursos administrativos. No es así, sin embargo. GONZÁLEZ PÉREZ da un alcance mucho mayor a la autodefensa administrativa, cuyas diversas manifestaciones agrupa en autodefensa declarativa, autodefensa ejecutiva y autodefensa fiscalizadora. En realidad, su postura es prácticamente coincidente con la de GARCÍA DE ENTERRÍA, el cual habla de autotutela declarativa, ejecutiva y reduplicativa o en segunda potencia (comprensiva esta última de la potestad revisora, de la sancionadora y de la que podríamos llamar obstaculizadora, esto es, el *solve et repete*).

Todo ello nos lleva a pensar que GONZÁLEZ PÉREZ encuentra también en la autodefensa o autotutela administrativa la explicación dogmática de las relaciones entre la Administración y la Justicia, viniendo a ser para él, como para GARCÍA DE ENTERRÍA, una fórmula para encuadrar en un sistema unitario la posición jurídica de la Administración ante la Justicia, revelándonos, como dice este otro autor, «un formidable privilegio posicional de la Administración respecto a la Justicia que merca el conjunto entero del Derecho administrativo, por encima de su múltiple contenido material», porque, en definitiva, las diversas «particularidades de ese régimen posicional están enlazadas entre sí, de modo que éste necesita explicarse como una institución sistemática», que no es otra que la autodefensa o autotutela.

Pues bien, mi pensamiento actual sobre el tema (muy lejos, insisto, de estar perfilado definitivamente) es que la autodefensa o autotutela administrativa, tal como parece entenderse en la obra que comentamos, es una construcción sin duda brillante, pero que se mueve en un plano puramente didáctico, y a la que incluso desde esta estricta perspectiva cabe formular no pocos reparos.

5. Que la autodefensa o autotutela, en el amplio sentido que parece tener en la obra comentada, supone una simple fórmula que anuda una

variada gama de privilegios de la Administración, ya conocidos e incluso algunos de ellos discutidos, resulta evidente.

La autodefensa calificada de declarativa no es sino el privilegio de la decisión ejecutiva (o ejecutoria, como dicen otros). La autodefensa ejecutiva es la llamada (con nada recomendable terminología) «acción de oficio». Por último, la autodefensa fiscalizadora es la potestad de autocontrol.

Es claro que todo esto nos era ya conocido, y de aquí que digamos que sólo cabe atribuir a este pseudoprivilegio de la autodefensa o autotutela unas consecuencias puramente didácticas o sistemáticas, cuya bondad también en este plano resulta discutible.

Porque ocurre que la autodefensa o autotutela no sirve para explicar la total posición de la Administración ante la Justicia. Por lo pronto, no explica los supuestos en que la Administración carece del privilegio de la decisión ejecutiva, supuestos sin duda excepcionales, pero que, desde luego, hay también que explicar, siendo evidente que tal explicación no se encuentra en la autodefensa. Pero es que, además, hay otros supuestos mucho menos excepcionales, que se dan en múltiples sectores de la actuación administrativa, y que tampoco son explicables recurriendo a la técnica de la autodefensa. Nos referimos, claro es, a lo que algunos autores llaman actuación arbitral de la Administración y que originan lo que hemos calificado en otra ocasión de procedimientos administrativos triangulares. Es evidente que aquí estamos ante algo distinto de la autodefensa o autotutela, hasta el punto de que incluso quien califica de autodefensa a esta forma de actuación, no puede por menos de terminar afirmando que se trata de una «hetero-tutela».

Pienso que estos motivos de crítica podrían evitarse si se restringiera adecuadamente el concepto de autodefensa que parece manejarse en la obra que comentamos. Porque creo que lo que está todavía por perfilar es el concepto mismo de autodefensa o autotutela administrativa. Para mí tengo que este concepto ha de elaborarse partiendo de la idea de litigio, entendido el litigio en el sentido que le da ALCALÁ ZAMORA: conflicto de trascendencia jurídica entre dos esferas contrapuestas de intereses. Y es en este último elemento, la contraposición de intereses, donde habrá que profundizar si se quiere ofrecer un concepto aceptable de la autodefensa administrativa. Me parece que en la nueva corriente doctrinal, de la que la obra comentada es exponente, se amplía en exceso lo que debemos entender por interés de la Administración.

Por último, y aunque se admitiera el concepto amplio que maneja este sector doctrinal, todavía cabría oponer algún reparo incluso en el plano estrictamente sistemático en que la construcción parece moverse. Pues quizá sería más exacto incluir la autodefensa fiscalizadora dentro de la declarativa y como una especie de ésta.

6. Y nada más. Yo espero algún día elaborar un sistema del procedimiento administrativo. Si esta tarea—que es mi proyecto vital—llegara a realizarse, creo que nunca podría agradecer bastante al Profesor GONZÁLEZ PÉREZ su continua dedicación y su indiscutible magisterio en la materia.

Una vez más su pluma ágil me ha dado motivo a repensar cuestiones, levantando—la imagen es de ORTEGA—bandadas de pensamientos cuya ruta aérea he tratado de captar en las líneas que preceden.

Recientemente ha dicho LAFÍN que la lectura no sólo consiste en «escuchar con los ojos», según la feliz sentencia de QUEVEDO, sino en responder desde dentro de uno mismo—carteramente unas veces y erróneamente, ¡ay!, tantas otras—a lo que a través de los ojos le está diciendo a uno eso que lee. Quizá haya que hablar también de una tercera forma de respuesta, la que se perfila en términos dubitativos. La que es resultado—desde luego siempre positivo—de dudas suscitadas por la obra leída. Y si de la duda surge—a través de la penosa faena de pensar—la idea, que es creen-

cia propia, no ajena, bienvenidas sean aportaciones como ésta, que obligan a reelaborar las creencias en que uno está, bien para consolidarlas, bien para rectificarlas.

FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO: *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*. Cuadernos CIVITAS, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1974, un tomo, 80 págs.

En esta publicación, según nos expresa el propio autor en su nota preliminar, ha querido recoger una serie de sugerencias en torno al tema, que ya habían sido reflejadas por él anteriormente en diversas conferencias y algún artículo, y que ahora se sistematizan con el propósito de destacar «hasta qué punto todos estos fenómenos están rompiendo por todas partes el cuadro jurídico de la Sociedad Anónima clásica como forma propia de la gran empresa». En el reducido número de páginas que componen este «ensayo» se acumulan conceptos, problemas, soluciones apuntadas por la doctrina o ensayadas en diversos ordenamientos jurídicos y reflexiones del autor respecto de ellas en las que se resalta el sentido profundo de la evolución y la relación entre los diversos aspectos de la misma, constituyendo una muy interesante aportación al tema dentro de nuestra bibliografía. En la exposición destaca tres partes, y ésta es la estructura que vamos a reflejar en las notas que siguen:

A) CAPÍTULO 1.º EL ABSENTISMO DE LOS ACCIONISTAS

Para el autor, el alejamiento o ausencia de los accionistas de las reuniones de la Junta general, con la decisiva influencia en el funcionamiento de la Sociedad Anónima clásica de tal fenómeno, es uno de los rasgos más característicos de la evolución actual de aquélla. Su causa más profunda y radical, la doble posición de los accionistas: accionistas de control, de un lado, y accionistas inversores de fondos, de otro, y desde el momento en que la gran masa de accionistas que compone el grupo de los segundos permanece al margen de la vida social, se genera inevitablemente la formación de mayorías artificiales.

Dos vías de solución, distintas y aun contrapuestas, se han seguido por los ordenamientos jurídicos más modernos y representativos ante este problema: La primera de ellas establece estímulos para que los accionistas acudan a las referidas reuniones de la Junta general o para que la delegación o representación que otorguen sea efectiva (legislaciones representativas del llamado «primer movimiento de reforma de la Sociedad Anónima», desde la Ley alemana de 1937 a la española de 1951, en cuanto al primer aspecto, y legislaciones comprendidas en la llamada «reforma de la reforma», como el Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea de 1970, en cuanto al segundo aspecto). La otra solución viene a reconocer que el absentismo es un fenómeno irreversible y busca los mecanismos para hacer frente a esa realidad, sin menoscabo del fortalecimiento de la representación, institucionalizándolo a través de las acciones de ahorro o acciones sin voto.

El origen de las acciones sin voto se encuentra en la práctica y en los ordenamientos anglosajones, en los que el derecho de voto no se mira

como un derecho esencial del accionista. La emisión de aquéllas sirve al mismo objetivo que la de acciones de voto plural: garantizar a una minoría el dominio de la Sociedad (así, en la Ley alemana de 1937 y las llamadas «acciones prioritarias» del Derecho holandés). Otros ordenamientos las van a utilizar para ampliar su objetivo sirviendo de cauce al fenómeno del absentismo, y así se asignan a quienes no desean participar en la vida de la Sociedad y prefieren cierto privilegio en materia patrimonial (Ley alemana de 1965). Con frecuencia, en diversos ordenamientos (Ley argentina de 1972) se presentan como una simple alternativa para las personas que prefieren renunciar al derecho de voto a cambio de las ventajas patrimoniales que conceden, y para el autor esa neutralidad de la solución ha determinado en algunos casos su abandono por parte del legislador (caso de Francia, en cuyo ordenamiento estaban admitidas para las Sociedades de Hidrocarburos de la Ley de 1957, pero naufragaron en la etapa final de la elaboración de la que luego sería la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966, remitidas a un posterior proyecto nonato, en el que las acciones sin voto servirían para la reforma de la empresa, en cuanto podían permitir abrir cauce a la participación del personal en la propiedad de la empresa, sin que esa participación del personal implicase un peligro o una amenaza en la dirección o administración de la empresa misma).

La crítica más severa que se hace a las llamadas «acciones de ahorro» (proyecto italiano de reforma de 1973) o «bonos de participación» (proyecto suizo de reforma de 1973), nombres que también reciben estas acciones sin voto, descansa más bien en la ruptura del equilibrio de poder en el seno de la vieja Sociedad Anónima.

B) CAPÍTULO 2.º LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO DEL PODER EN EL SENO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Inicia MENÉNDEZ MENÉNDEZ este tema con la referencia a unas ideas de RIPERT, para quien la Sociedad Anónima es una máquina jurídica tan útil como la que utiliza la industria; máquina que es un complicado mecanismo de intereses, cuya esencia, para PAILLUSSEAU, consiste en una organización de la estructura patrimonial y la estructura de poder de la empresa; en otras palabras, una forma concreta de organizar tanto la base patrimonial como los mecanismos de poder de la empresa misma.

En los textos legales clásicos, la Sociedad Anónima se presenta como un mecanismo dotado de equilibrio de poderes, pero la realidad de la evolución de la Sociedad Anónima muestra un desplazamiento del núcleo central de poder (la junta) hacia los llamados órganos de administración. De la Sociedad Anónima de base democrática, con el voto del socio como origen de todo poder y la soberanía de la Junta como principio cardinal de su estructura, se pasa a una Sociedad Anónima que trata de suprimir ese voto y constituirse sobre una base más bien oligárquica, fundada en el dominio de los socios, que aspiran a participar en la administración y en el poder de gestión concentrado en los órganos de dirección y las minorías de control, y desde ese momento decae o desaparece el instrumento de defensa del accionista en forma particularmente aguda. El autor señala cómo el Derecho, que, al igual que la Naturaleza, tiene horror al vacío, buscará los mecanismos compensatorios al poder liberado de los administradores y los equipos de dirección.

El primer mecanismo compensador al problema de fondo de la tutela de los accionistas extraños al grupo de control se busca en un poder de equilibrio, el llamado «poder de compensación», instalado fuera de la Sociedad, que generalmente es una intervención gubernativa, confiando, bajo diversas modalidades, al Estado el poder de representar a los accionistas ausentes en las Juntas generales de las grandes Sociedades y el

control de gestión (en Italia: proyecto de 1963-1968, que lo confía a revisores del Banco de Italia, y proyecto MARCHETTI de 1973, que lo asigna a la Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa; en el anteproyecto belga de 1969-1970, a través de la presencia de un representante del Estado en los Consejos de Administración de las grandes Sociedades Anónimas privadas). En la misma línea de actuación, defendiendo suficientemente los derechos del socio, sin alterar la estructura clásica, puede señalarse la política de favorecer la creación de Fondos y Sociedades de inversión mobiliaria, que permite un diálogo entre el capital de mando de la Sociedad industrial o comercial, de un lado, y el capital financiero de la Sociedad de inversión, de otro, lo que implica una dialéctica más equilibrada en el juego de intereses que se ventila en las Juntas generales de cada Sociedad.

En el segundo tipo de mecanismos cabe englobar aquellas soluciones que preconizan una nueva consideración de la responsabilidad de quienes integran el capital de mando, aceptando que la diferenciación radical entre los dos grupos de accionistas responde a causas de orden económico y psicológico radicalmente insuperables. Según una buena parte de la doctrina, en el Derecho de Sociedades continental europeo la idea de la responsabilidad ilimitada estuvo siempre unida a la realización de la gestión empresarial, y con la solución que se acaba de señalar pretende volverse a la inspiración originaria, en un momento en que las nuevas corrientes sociales abogan por una revisión de ciertas bases capitalistas del ordenamiento jurídico. Esta orientación se ha incorporado en el ordenamiento jurídico francés para el caso de quiebra de la Sociedad, y en el proyecto preliminar del convenio en materia de quiebra, concordatos y procedimientos afines para los países de la Comunidad Económica Europea de 1968.

C) CAPÍTULO 3.º SE DEDICA A TRES DIVERSAS CUESTIONES:

a) *El desarrollo progresivo de un capitalismo de grupos*.—Tras consideraciones de orden económico, señala el autor cómo el «grupo» presenta la paradójica situación de concentración económica y descentralización de las estructuras jurídicas, lo que suscita graves problemas, sobre todo en materia de responsabilidad frente a terceros, y más particularmente en el supuesto de quiebra de cualquiera de las Sociedades agrupadas. Al respecto, la tendencia en el Derecho continental europeo (Ley alemana de 1965, proyecto europeo de 1970) va hacia la institucionalización de los grupos como tales grupos, reconociendo la unidad económica y el poder de dirección unitaria que se confía a la Sociedad dominante en el orden jurídico, con lo que se rompe el dogma de la personalidad jurídica y el esquema clásico de la Sociedad Anónima.

Pueden plantearse situaciones en que los intereses de una Sociedad-miembro sean sacrificados a los intereses del grupo, entonces los acreedores y accionistas llamados «libres» o «externos» sufrirán un daño; ante esta descompensación de poder, el ordenamiento jurídico ha de reaccionar, señalando la posibilidad de obtener una indemnización o el derecho al cambio de sus acciones en la empresa dependiente, en acciones de la dominante, en favor de los accionistas (proyecto europeo en el art. 228 y sigs.), y estableciendo la responsabilidad de la Sociedad Anónima principal respecto de los acreedores de cualquiera de las Sociedades agrupadas o dominadas (Ley alemana de 1966, proyecto europeo), que se presenta como responsabilidad subsidiaria y rompe abiertamente con la idea de la Sociedad Anónima como Sociedad de responsabilidad limitada por sus propias deudas.

b) *La utilización de la forma de Sociedad Anónima por la empresa pública*.—En un enfoque general y previo de esta figura, señala el autor como la gran cuestión doctrinal que plantea es cuál ha de ser el fin que

persiguen, si la satisfacción de los intereses públicos o el fin lucrativo, y cómo el propio legislador no deja de manifestar su inseguridad en este punto (así, lo establecido en el art. 2.º de nuestra Ley de 1941, que crea el I. N. I., frente a las declaraciones del preámbulo de la Ley de Crédito Oficial de 1971), aunque ha de reconocerse que la finalidad lucrativa, como elemento característico de la sociedad, por lo menos en lo que se refiere a las sociedades de capitales, se ha ido progresivamente debilitando, iniciándose así un proceso que conduce a la conversión de la Sociedad Anónima en una estructura neutra, susceptible de ser colmada con cualquier finalidad y no estrictamente con el fin de lucro en sentido técnico-jurídico.

En todo caso, si la Sociedad Anónima pública ha de estar orientada preferentemente al servicio de los intereses generales de la economía nacional, hay una ruptura con los principios de la Sociedad Anónima clásica, sobre todo si el capital privado minoritario sufre las consecuencias de esa deformación; esta figura no está libre tampoco del desequilibrio de poder a que nos hemos referido, y la autonomía técnica y directiva de los *managers* públicos recuerda mucho la que tienen los de las Sociedades Anónimas privadas.

Las deformaciones que sufre la Sociedad Anónima clásica son aquí importantísimas, ya que en buena parte afectan a los elementos esenciales del tipo social; y en el supuesto de la Sociedad pública unipersonal, la deformación llega a su extremo, pues la personalidad social nace directamente de la ley o norma jurídica que autoriza su creación, no del contrato. Un sector de la doctrina se pregunta si, más que ante verdaderas Sociedades Anónimas, no estaremos frente a una vestidura formal que esconde la insuficiencia de una creación efectiva de otras formas públicas de empresa para la intervención directa del Estado en las actividades mercantiles e industriales como Estado-empresario. Se pregunta el autor si no será lo cierto que la economía pública o social del neocapitalismo de nuestro tiempo está creando nuevas modalidades de empresa que reclaman un esfuerzo renovador en sus formas institucionales o sociales de titularidad.

c) *La participación del personal en la gestión de la moderna Sociedad Anónima.*—En una primera aproximación al tema, expresa MENÉNDEZ MENÉNDEZ que el movimiento de reforma de la empresa es, en cierto modo, universal y preocupa tanto en las economías socializadas como en las de base capitalista, y en ambos aparece la presión laboral frente al predominio económico del Estado o del capital privado con la común resistencia del poder a una presencia más activa del personal de la empresa en el disfrute y administración de la misma.

Lo que entre nosotros hace crisis es la concepción de la empresa como organización productiva sometida al dueño del capital, y una primera vía del movimiento de reforma de la empresa, en relación con la Sociedad Anónima, pretende hacerla sin alterar radicalmente la base capitalista de la empresa, vía en la que han de clasificarse las medidas de difusión de la propiedad mobiliaria por la fórmula del «accionista obrero» (la llamada «reforma pancapitalista»).

La incidencia de la reforma de la empresa en la Sociedad Anónima se produce especialmente en el campo de la participación del personal en la gestión de la Sociedad, gestión denominada de acceso directo porque no se deriva de la posesión de acciones, sino de la condición de trabajadores y miembros de la comunidad en que la empresa consiste.

En su origen, la empresa capitalista, fundada en el binomio riesgo-capital, no ha vacilado en atribuir esa gestión exclusivamente al capital, pero poco a poco la realidad ha sido que la Sociedad Anónima se va alejando de ese esquema por virtud del fenómeno de la progresiva separación de la propiedad y el control o gestión en el seno de las grandes

sociedades y aparece un nuevo tipo de poder todavía no consagrado por el Derecho, el poder sobre la propiedad ajena.

Este desplazamiento del poder puede explicar por qué las reivindicaciones del personal de la empresa no se dirigen tanto al acceso a la propiedad como a la efectiva participación en el poder de organización y por qué esas reivindicaciones no se plantean frente a los propietarios, sino frente a los equipos de dirección y los tecnócratas, bien que la fuente o el origen de ese poder siga radicando en los accionistas o en el Estado-propietario. Los ensayos de «cogestión» (según la terminología que ha prevalecido en nuestro país) suponen la consagración de una doble fuente de poder, la propiedad y el trabajo, en la línea de la concepción de la empresa como «comunidad de trabajo y capital», con lo que el fundamento de la participación en la gestión se encuentra así en la cualidad de miembro de la comunidad empresarial, sea como aportante de capital, sea como aportante de trabajo. Para el autor, hay como un reflejo de lo que ha sucedido en la comunidad política, pues una vez que se acentúa la significación comunitaria se produce un fenómeno semejante o paralelo al que determina la generalización del derecho de voto a todo miembro de la comunidad política.

Esta reforma por vía de la participación en la gestión puede manifestarse en una doble forma. La primera, que puede llamarse concepción dualista, se refiere a la cogestión al nivel de los denominados «órganos de la empresa» (comités, consejos o jurados de empresa), dejando intacta en su estructura a la Sociedad Anónima como titular de la empresa. La segunda, o integradora, lleva la representación del personal al nivel de la Sociedad, a los órganos de la misma Sociedad Anónima y afecta de modo directo a la vieja Sociedad Anónima como forma de la empresa capitalista (ordenamiento alemán a partir de la *Mitbestimmungsgesetz* de 1951 hasta la forma más progresiva de 1972).

La regulación inicial de la Sociedad Anónima redujo la organización de la empresa a la personificación y organización del grupo de personas que integraban aquella como empresarios-propietarios, y, de acuerdo con la idea de la Sociedad como una entidad de puro cuño capitalista, no puede sorprender que en su estructuración se ignorara el sentido de empresa como comunidad de quienes aportan capital y trabajo. Las reformas por la vía de la cogestión inician una revisión de esa ignorancia, pues tratan de llevar a la Sociedad como forma jurídica de titularidad la presencia de la idea misma de la empresa como comunidad (la Ley holandesa de 1971 establece, en los supuestos a que la misma se refiere, un Consejo de comisarios que asume en buena parte las funciones de la Junta general, y trata de dar respuesta coordinada a los riesgos creados por el absentismo de los accionistas y la participación del personal en la gestión de la empresa).

Concluye el autor que el absentismo de los accionistas ha provocado la quiebra absoluta de la democracia en la Sociedad, tan peculiarmente asentada en el voto del accionista y la Junta general, y que la cogestión implica, en cierto modo, la afirmación de una nueva democracia, con la que el cuadro jurídico de la Sociedad Anónima se conmueve en forma muy radical; la cuestión de fondo, planteada y aún no claramente resuelta, es la viabilidad de la reforma de la empresa sin alterar el cuadro de una economía neocapitalista, o sea, hasta qué punto, hasta qué límites es compatible la reforma por vía de participación con el sistema económico vigente. Y, como colofón de las diversas cuestiones planteadas, nos dice «no sé si cuando percibimos todo esto tenemos suficiente sensibilidad para advertir que, al menos en unos ciertos niveles, los fenómenos que acaba-

mos de indicar parecen presentarse como ciertos latidos que insinúan el nacimiento de nuevas formas sociales, fruto de una mayor afirmación de su concepción institucional».

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO.

PUENTE MUÑOZ, TERESA: *El contrato de concesión mercantil*. Editorial Montecorvo, recensión por Vicente Espert, Doctor en Derecho, Notario.

La aparición de una obra jurídica plantea al estudioso, y más aún si se trata de un jurista práctico, la duda de si debe leerla o no, dado que el tiempo de que se dispone para el estudio es escaso y, por consiguiente, hay que ser un poco avaro en la inversión del mismo que se dedica a nuestro enriquecimiento intelectual y a su adecuada distribución. El autor de estas líneas, que es jurista sencillo y práctico, si cabe, y, por ende, para enriquecer las posibilidades de elección en la solución de problemas de su modesta práctica, ha leído el libro objeto de este estudio y ha considerado que no solamente merecía la pena leerlo, sino que era conveniente escribir unas notas sobre él para conocimiento del público especializado, ya que, además de tratarse de un libro de una utilidad evidente, se trata de un obra ágil, bien construida, de lectura fácil, que produce gusto y a veces regusto intelectual al ir desarrollando sistemática y armoniosamente los enjundiosos problemas que plantea.

La doctora PUENTE se había ya preparado concienzudamente para esta obra, ciertamente de envergadura, previa la publicación de dos trabajos que podríamos llamar propedéuticos, respecto del libro y que fueron «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro» y «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», ambos publicados en la *Revista de Derecho Mercantil*. Y es que una obra madura necesita un período de gestación y a veces algunas manifestaciones exteriores parciales para cuajar en un todo unitario que satisfaga las necesidades de una investigación plena de una determinada institución jurídica.

La concesión mercantil se sitúa en la difícil encrucijada entre la absoluta libertad de mercado y de libre cambio, dogma de una economía liberal ya superada; la constitución de fuertes grupos financieros industriales y comerciales que tienden a la creación de monopolios con opresión de los mercados de consumidores, y la concesión que el neocapitalismo hace a regañadientes a las tendencias contrarias de estas actitudes monopolísticas, restricciones que aparecen en el artículo 85 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea y que en España tiene su reflejo en la Ley prohibitiva de las prácticas restructivas de la competencia y la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia. Y es que la *Inmensa americanae pacis majestas* ni es tan inmensa ni parece tan duradera y las tensiones ideológicas del mundo moderno no solamente hacen vibrar los más sólidos pilares del Derecho público, sino que también plantean contradicciones, a veces difíciles de salvar, en campos jurídicos privados en que las tendencias luchan entre dos extremos contrapuestos: un capitalismo opresor, disfrazado con una capa de liberalismo, o una dirección absoluta de la economía por parte del Estado, lo que supone la ruptura de los moldes y de las instituciones que el Derecho privado está manejando desde tiempos de la lejana Roma.

Empezaremos señalando, como ya hemos hecho anteriormente, que el contrato de concesión mercantil es un género amplio, dentro del que se

subsumen multitud de modalidades y entre ellas los contratos a los que se adhiere un pacto de exclusiva (el autor de estas líneas no cree viable un pacto de exclusiva autónomo, montado en el aire, sino que solamente lo concibe como un pacto añadido y modificante de un contrato principal y sustancial, como puede ser la compraventa, el suministro, el arrendamiento de servicios, etc.). Señalaremos también la sistemática del libro, que el autor de estas líneas considera como perfecta: es un modelo de construcción lógica, tanto en su distribución de capítulos como en el desarrollo progresivo de éstos, lo que hace su lectura armoniosa y lo que quizá sea más difícil, es una obra jurídica, incluso amena, hasta el punto de que es difícil desprenderse de la lectura del libro una vez que ésta se ha iniciado. La impresión gráfica es agradable con la única particularidad, que hay que achacar a los impresores, de la deleznable ortografía de todas las citas que se hacen en francés. En este aspecto no solamente en esta obra, sino en otras de la misma Editorial, el autor de estas líneas ha advertido un descuido en la corrección de pruebas de imprenta, que aunque no desmerezcan la cualidad intrínseca de la obra, sí producen un choque molesto al público, particularmente selecto y culto que es a quien van dirigidas. Sin embargo, digamos, en honor de la Editorial, que en otros aspectos tipográficos no escamotea medios y por ello las obras son de lectura descansada y no agobiante por la apretura de líneas o por la oscuridad del papel.

El pensamiento de la doctora PUENTE, que se trasluce de la lectura del libro que comentamos, muestra haber superado tanto un concepto subjetivista del Derecho mercantil, es decir, el Derecho de una clase de personas: los comerciantes individuales o las Sociedades mercantiles, como un concepto puramente objetivo, es decir, el derecho de los actos de comercio, al margen del concepto que se tenga de los mismos e independientemente de las personas que lo realicen y muestra más bien que considera al Derecho mercantil como el Derecho de la empresa, entendiendo ésta en su difícil definición como la organización económico-jurídica que recibe su impulso del empresario, incorpora las ideas de la clientela y *avviamento* y se dedica a la contratación en masa. Pero ni aun así la doctora PUENTE incurre en conceptualismo. Ya leíamos en el prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a la obra de THEODOR VIEVEG: *Topic und Jurisprudenz*, que el Derecho tiene que superar, tanto la idea de una jurisprudencia de conceptos como la de una jurisprudencia de intereses, para llegar a una jurisprudencia de casos. Y es que tanto la doctora PUENTE como el autor de estas líneas hemos tenido la suerte de que durante un período de nuestra formación jurídica haya sido nuestro maestro el Profesor DÍEZ-PICAZO, que ha transfundido en nosotros la idea de que el Derecho no es nunca un *datum*, sino un *quaestium*, es decir, no es una cosa que nos viene dada, sino que es hallar una solución justa, una composición de intereses aceptable para las partes involucradas en un tema jurídico, es y será siempre una labor de búsqueda incesante del jurista, ante el que no cabe la abdicación ni el desaliento. No con estas palabras, aunque sí con otras, se desprende que esta misma impresión ha causado la obra que comentamos en su prologuista, el profesor JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ, cuando al hablar de la posible consideración de una concesión mercantil, como algo lícito o ilícito, a la luz del Tratado de Roma, hace referencia a la importancia que en este caso adquiere una elaboración judicial del Derecho y el carácter casuístico que, en este sector, tiene el ordenamiento jurídico, que no puede establecer la ilicitud o licitud de la concesión mediante una norma abstracta.

Consideramos una originalidad, un acierto y algo que hay que agradecer a la autora, el que no se haya perdido en el puro terreno de las consideraciones teóricas, dejando al lector del libro con la problemática planteada, sino que, además, al final del mismo, hay una serie de modelos

de contratos de concesión mercantil que pueden servir de guía para la redacción de otros en que a veces, el jurista práctico, carece de precedentes o de inspiración. Echamos de menos la citación al final de la obra de una lista bibliográfica y observamos que la autora se ha inspirado fundamentalmente en dos o tres autores franceses y en la jurisprudencia francesa, así como también la legislación francesa y belga con muy leves referencias a la legislación italiana y mucho menos a la alemana.

Ha llegado, pues, el momento de que empecemos a analizar la obra con más detalle, que se compone de trece capítulos, que, como ya hemos dicho, están perfectamente sistematizados, armoniosamente desarrollados, haciendo de la lectura algo orgánico en la que el estudioso no se pierde en divagaciones inútiles, sino que va encadenando una idea con otra hasta llegar a una visión global, de conjunto, incluso podríamos llamar integral de la problemática del contrato de concesión mercantil.

El capítulo primero, titulado «Introducción», nos muestra el planteamiento general del tema, de un modo muy breve, en la mente de la autora. Se podría intuir que la doctora PUENTE contempla el contrato de concesión mercantil como una figura jurídica de límites más amplios que los estrictos de un contrato, posiblemente como una institución jurídica en fase de nacimiento si aceptamos el concepto de institución jurídica del Profesor DE CASTRO como un conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas de una clase determinada (no importa la ausencia de normas legislativas escritas, ya que podría hablarse de costumbres o usos mercantiles y en último término de normas contractuales) apareciendo así un tema jurídico en su triple dimensión de hecho social (es un hecho social y económico real la existencia de concesiones mercantiles), como juicio de valor (su utilidad en la vida comercial económica y social de nuestra época) y como norma (aunque éste sólo aparezca en algunas legislaciones, limitándonos en Derecho español a la posible existencia de unas normas generales de contratación, de unas costumbres o usos mercantiles y de unas reglas contractuales nacidas de la fuerza obligatoria de las convenciones contractuales contenidas en cada contrato determinado de concesión mercantil).

El capítulo segundo lo destina a determinar cuál es la función que la concesión mercantil realiza en el terreno económico, separando esta figura de otras que reciben el mismo nombre, pero que no son auténticas concesiones mercantiles, tal como pudiera señalarse a ciertos agentes comerciales cualificados o a simples distribuidores, llegando a la conclusión que mediante la concesión mercantil se produce una, a modo de asociación entre el concedente y el concesionario, que obedece a imperativos económicos, tales como asegurar un mercado amparando al mismo tiempo el prestigio de una marca y ahorrando al concedente los cuantiosos gastos e inversiones que significarían el establecimiento de sucursales o filiales, ya que mediante la utilización de los elementos de comercialización de que dispone, con independencia jurídica y económica, el concesionario, se consigue un gran ahorro de tiempo y actividad, colaborando con él, el cual asegura además los servicios de post-venta, de cuya calidad y seguridad depende muchas veces la decisión de adquirir un bien concreto. Y estudia esta función económica, tanto en el aspecto del mercado interior, como una exclusiva de venta e incluso en el mercado exterior, como una exclusiva de importación.

Los capítulos tercero y cuarto están destinados al estudio de la significación jurídica y del concepto de concesión mercantil. En estos dos capítulos la profesora PUENTE establece simplemente una comunicación y preparación para el capítulo quinto, en que trata de la naturaleza jurídica de la concesión mercantil y de las teorías que se han emitido acerca de la misma. Hace una crítica razonada de las teorías que han querido incluir el contrato de concesión mercantil dentro de algunos de los moldes,

ya clásicos en el Derecho privado, y la separa claramente de las teorías que tienden a confundir la concesión mercantil con una compraventa especial, o con una venta de carga, o con una venta de monopolio, o con una venta con suministro, o con una licencia de marca, o con un contrato de mandato, o con un contrato normativo, o con un contrato preliminar, o con un contrato de adhesión.

Aquí aparece el gran acierto de la profesora PUENTE, ya señalado por el prologuista de la obra, catedrático DUQUE DOMÍNGUEZ, en el sentido de que rechaza la tentación de atribuirle una determinada naturaleza jurídica para, desde ella, establecer deductivamente su régimen, y es que la doctora PUENTE, como dice el prologuista, ha superado esta tentación porque ha arrancado desde el primer momento de la realidad ofrecida por el tráfico jurídico. Y el autor de estas líneas, modestamente como siempre, está de acuerdo con esta postura, porque comulga con la opinión, repetidas veces emitida por eminentes juristas, de que la naturaleza jurídica de las instituciones sólo se postula como una necesidad científica cuando de ella se deducen consecuencias normativas prácticas, pues en caso contrario pueden conducir, por una vía inflacionista galopante, a un juego de sutilezas y contrasutilezas que dejen al estudioso y más todavía al jurista práctico, en la más completa perplejidad ante la resolución del conflicto de intereses planteado en un supuesto negocial concreto.

Lo más concluyente de este capítulo quinto es que la profesora PUENTE se abstiene de hablar de la naturaleza jurídica de la concesión mercantil como un todo unitario y una sola modalidad, atribuyéndole la condición de un contrato atípico. Y el autor de estas líneas estima que al llamar a la concesión mercantil un contrato atípico, lo hace en el sentido de que no tiene una regulación legal preestablecida, pues no es lo mismo ser atípico en el sentido de no ser modélico, que en el sentido de no estar regulado. Por ejemplo, el contrato de edición ha sido un contrato modélico, aunque atípico, por no estar regulado, pasando a ser típico desde el momento en que la reciente Ley del Libro le ha dotado de una normativa positiva concreta.

La concesión mercantil es una convención en que las partes no tienen intereses contrapuestos: Se proponen vender y los une una misma finalidad, que es la de organizar la venta de las mercaderías o bienes objeto de la concesión, implicando una relación de colaboración, pero que yo estimo que no excluye el concepto del contrato, porque en esta relación de colaboración debe existir tanto un sinalagma genético como un sinalagma funcional.

El capítulo séptimo, de una sistemática magistral, sigue el orden de estudio que es clásico en la exposición de los contratos. En primer lugar, estudia los elementos personales del mismo, es decir, la figura del concedente y la figura del concesionario, con todas las variaciones que estas figuras ofrecen en el contrato de concesión mercantil. A continuación estudia los elementos reales, entre los cuales incluye al objeto (me parece que en este punto concreto confunde un poco la autora el objeto de la prestación, es decir, los bienes sobre los que recae la concesión con el objeto propio del contrato, que quizá sean los vínculos jurídicos que surgen entre concedente y concesionario). Luego estudia el precio y las diferentes modalidades de retribución del concesionario, y también estudia los elementos formales, aunque a esta materia dedica poco espacio. Lo que es muy importante es que distingue claramente en materia de precio lo que es la remuneración que recibe el concesionario de las llamadas «comisiones», que reciben ciertos agentes comerciales cualificados o los simples comisionistas.

Un inciso muy importante en este capítulo es el estudio amplísimo que realiza del llamado pacto de exclusiva, que ya fue objeto de estudio por la

autora en los trabajos a que antes he hecho referencia. Estudia el concepto de pacto de exclusiva, su duración, la zona de eficacia de la exclusiva en la concesión mercantil (aquí estudia las intromisiones en las zonas reservadas por las cláusulas de territorialidad simple, de territorialidad reforzada y de territorialidad absoluta); sigue estudiando las modalidades de la exclusiva, los efectos del pacto de exclusiva y la problemática de su violación, tanto desde la vertiente del concedente como desde la vertiente del concesionario y los efectos de la exclusiva frente a los terceros, y es que no hay que olvidar que en materia de terceros en un contrato, si bien es cierto que la estática del Derecho subjetivo exige que nadie pueda ser privado de un derecho sin su consentimiento, la dinámica del Derecho subjetivo y el principio de seguridad de tráfico, sobre todo del mercantil, exige que ningún adquirente pueda ser privado de su adquisición en base de causas que no conoció o no pudo conocer al tiempo de realizar su adquisición. En este punto contempla muy a fondo la escasa jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en esta materia.

En el mismo capítulo estudia la duración del contrato de concesión mercantil, materia en la que se introduce después de un estudio muy amplio y genérico de los llamados contratos de duración o de tracto sucesivo, con toda su amplia problemática y las diferentes limitaciones que tiene la duración, impuestas tanto en interés general como en interés de las partes contratantes, es decir, de ambas partes contratantes, o las limitaciones de la duración en favor de una sola de las partes contratantes y el caso de la determinación tácita de tiempo de duración del contrato, coincidiendo con el profesor DÍEZ-PICAZO en la idea de que los contratos que limitan la libertad de las partes de un modo perpetuo son contrarios al orden público español. Después de esta introducción, mediante el estudio de los contratos de duración en general, estudia la duración del contrato de concesión mercantil, en sus supuestos diversos de duración indeterminada, como en los contratos de concesión mercantil con un plazo de duración determinada y el llamado derecho de renovación del contrato.

Este capítulo es una parte crucial del libro.

El capítulo séptimo está destinado al interesante problema del derecho de denuncia del contrato de concesión mercantil. La facultad de denunciar un contrato es bastante connatural en los contratos de duración sucesiva, pero esta denuncia puede haber sido prevista y pactada y puede que no se haya estipulado, considerando en todo caso que puede incurrirse fácilmente en graves daños para el concesionario que ha realizado fuertes inversiones para explotar las facultades que le concede el contrato de concesión mercantil, y que su frustración puede suponer un caso de la aplicación de la doctrina del abuso del Derecho en el caso de que el concedente no obre con la más estricta delicadeza, ejercitando la facultad de denuncia de buena fe en tiempo oportuno y con un prudente plazo de preaviso, que ponga al concesionario a cubierto de los daños del ejercicio de la facultad de denuncia.

En este mismo capítulo estudia la posibilidad de reaccionar el concesionario contra el ejercicio inadecuado o abusivo de la facultad de denuncia y la posibilidad de exigir por parte del concesionario una ponderada, proporcionada y adecuada exigencia de reparación por vía de una indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado, materia muy difícil de precisar y en la que es necesario conceder un amplio margen de confianza al arbitrio judicial.

El capítulo octavo está destinado al estudio de la cláusula de imposición del precio de reventa, cláusula que puede tender tanto a evitar una deterioración del precio, por una excesiva competencia, como a impedir un alza desmesurada del mismo, como consecuencia de la obtención de una posición predominante en el mercado; este último aspecto puede dar lugar a prácticas restrictivas de la competencia y atentar a los principios

del orden público económico. La profesora PUENTE estudia los efectos y las infracciones de dicha cláusula de precio impuesto, y también en este mismo capítulo estudia otros pactos que pueden acompañar al contrato de concesión mercantil, como son los pactos de cuotas; las cláusulas que imponen al concesionario la asunción de las garantías ofrecidas al cliente por las cosas vendidas, cláusulas que se refieren a la obligación de constituir un depósito de mercancías; pactos que hacen referencia a la organización técnica y administrativa de la empresa, los cuales, a su vez, tienen entre sí posibles modalidades; otras cláusulas que se refieren al control económico, contable y financiero de la empresa, con sus matices y variantes; pactos estableciendo la sanción para el concesionario que infringe las obligaciones establecidas, es decir, cláusulas de rescisión del contrato y pacto de reserva de dominio, en sus aspectos interno y externo, o sea, frente a los subadquirentes de la cosa vendida, en lo cual nos remitimos a lo que dijimos ya respecto de los terceros al comentar el capítulo séptimo. Concluyendo este capítulo la profesora PUENTE con el estudio de la posible eficacia que pueden tener las llamadas «circulares» que los concedentes envían a los concesionarios, con instrucciones sobre la ejecución del contrato y planteándose el problema de si pueden estas circulares llegar a constituir o no una modificación unilateral del contrato.

El capítulo noveno, no muy importante, se refiere a las modalidades de concesión mercantil, sobre todo en sus modalidades referidas al mercado nacional o al mercado exterior.

El capítulo diez estudia los efectos del contrato de concesión mercantil a la terminación del mismo o a la ruptura del vínculo contractual. Estudia las causas comunes de extinción del contrato que tiene el contrato de concesión mercantil respecto de los otros contratos en general, y dos causas típicas de este contrato, que son su denuncia y la no renovación por parte del concedente. Este capítulo es muy interesante, porque se plantea el delicado problema de la propiedad de la clientela, tema muy debatido, en general, por la doctrina mercantilista.

El capítulo once estudia adecuada y mesuradamente la transmisión de la concesión mercantil, y el capítulo doce tiene una gran importancia porque se plantea el problema de la concesión mercantil y sus posibles roces con el principio liberal de la libre concurrencia y los regímenes de protección de la misma, tanto en el Tratado constitutivo del Mercado Común como en la Ley española sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia. Y es que, en el fondo, la concesión mercantil es una práctica restrictiva de la competencia, pero parece ser que es una práctica restrictiva de la competencia que redunde en interés general y, por consiguiente, no es ilícita ni desde el punto de vista de nuestra Ley de Prohibición de Prácticas Restrictivas de la Competencia ni del Tratado de Roma.

El capítulo trece aborda el problema de qué representa la concesión mercantil como técnica de integración de empresas, tema también muy importante y que asoma a la organización soterrada de las grandes empresas multinacionales.

Termina el libro con unos formularios que cualquier jurista práctico que se enfrente con la redacción de un contrato de concesión mercantil considerará de suma utilidad.

Concluyendo estas líneas podemos decir que en un momento de crisis de la bibliografía jurídica española, en que se escribe mucho por puro alarde de publicar o por la necesidad de sostener una tesis de doctorado, el libro de la profesora PUENTE es un libro auténtico, realista, sistemático, práctico, útil, que demuestra la profunda preparación de su autora y que en ningún caso puede considerarse un «divertimento» o el producto de un diletantismo aficionado.

VICENTE ESPERT
Doctor en Derecho. Notario

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre 1975

Capacidad de la mujer casada y economía conyugal, por Luis Díez Picazo, págs. 859 a 875.

Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios. Apunte sobre el tema en Hegel y sus precedentes, por Manuel Alonso Olea, págs. 875 a 897.

El artículo 1.701 del Código civil, por Juan Manuel Rey Portolés, páginas 897 a 979.

Enero-marzo 1976

Las pertenencias en Derecho privado español, por Luis Humberto Clavería Gosálbez, págs. 3 a 55.

Reforma de la ley y renovación del ordenamiento en el título preliminar del Código civil, por Juan Cadarso Palau, págs. 55 a 85.

DOCUMENTACION JURIDICA

Julio-diciembre 1975, núms. 7 y 8

Elementos jurídicos de la integración europea, por Juan de Miguel Zaragoza, págs. 487 a 549.

El artículo 36 del Fuero de los Españoles, por Angel Sánchez de la Torre, págs. 549 a 585.

Reapertura del debate en torno a la equidad, por Carlos Vattier Fuenzalida, págs. 585 a 609.

Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal, por O. V. Torralba Soriano, páginas 609 a 645.

El ordenador, instrumento eficaz para los juristas. Documento de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, págs. 645 a 723.

DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Mayo-junio 1976, núm. 123

La tributación de los accionistas, personas físicas o jurídicas, de las sociedades disueltas con especial referencia a la disolución por fusión, por Fernando López Iranzo, págs. 419 a 467.

Las cuotas de la Seguridad Social y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por José Manuel de Luis Esteban, págs. 467 a 503.

La familia ante el ordenamiento tributario, por Perfecto Yebra Martul-Ortega, págs. 503 a 563.

Las primas de los seguros de vida en el Impuesto general sobre la Renta de las Personas Físicas, por Eugenio Simón Acosta, págs. 563 a 611.

Los gastos deducibles en el Impuesto general sobre la Renta de las Personas Físicas y los depósitos administrados de valores, por Marco Antonio Rodrigo Ruiz, páginas 611 a 616.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Octubre-diciembre 1975, núm. 138

El contrato de «pool» entre líneas aéreas, por Enrique Mapelli, páginas 441 a 463.

Aerodeslizadores (Estudio jurídico de un nuevo medio de transporte), por Miguel Sáenz Sagaseta de Ilurdoz, págs. 463 a 509.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Abril-junio 1975

Réplicas Panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el Derecho romano, por Alvaro D'Ors, páginas 7 a 27.

Notas acerca de la capacidad, la constitución y la representación en la Ley de Cooperativas de 1974, por Manuel Aguilar García, páginas 27 a 71.

Excepciones a la regla «locus regit actum» en materia de disposiciones «mortis causa», sucesiones y transmisión de bienes inmuebles, por Roberto Blanquer Uberos, páginas 71 a 253.

Los contratos onerosos entre cónyuges en la Historia del Derecho catalán y su vigente Compilación, por María José Herrero García, páginas 253 a 349.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANO

Año 1976, núm. 1

Progreso y deficiencias de la justicia civil en Colombia, por Hernando Devis Echandia, págs. 7 a 55.

La fianza del acusador particular: Notas sobre la legitimación activa y «caución juratoria» en el proceso penal, por José Vicente Gimeno Sendra, págs. 55 a 99.

El secretario judicial en la nueva Ley Orgánica de la Justicia. Similitud de su configuración en el Derecho comparado. Posible desarrollo de sus funciones en los nuevos Códigos de procedimiento, por Mariano Fernández Martín-Granizo, págs. 99 a 155.

En torno al concepto y contenido del Derecho jurisdiccional, por Juan Montero Aroca, págs. 155 a 191.

Sobre conceptos básicos del Derecho procesal, por Andrés de la Oliva Santos, págs. 191 a 217.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Junio 1976

Problemática de las obligaciones de hacer, por Bernardo Moreno Quezada, págs. 467 a 502.

Los sistemas legitimarios ante el Derecho interregional, por Luis Ignacio Arechederra Aranzadi, páginas 503 a 515.

Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuesto por la ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código civil, por Silvia Díaz Alabart, páginas 516 a 528.

Julio-agosto 1976

La dama de Baza (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976), por José Luis Alvarez, págs. 569 a 597.

Aplicaciones del Código civil como derecho supletorio de otras leyes, por Enrique Lalaguna Domínguez, páginas 598 a 622.

Septiembre 1976

En torno a la teoría general de la eficacia o nulidad de los actos procesales, por José Rodríguez Espejo, págs. 671 a 686.

La delegación de facultades en la administración de la Sociedad Anónima, por Angel Cristóbal Montes, págs. 687 a 715.

Octubre 1976

Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el Derecho privado iberoamericano, por José Luis de los Mozos, páginas 773 a 782.

Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos, por María Encarna Roca Trias, págs. 783 a 797.

La última evolución del Derecho de familia en los Estados de Europa, por el Dr. Siegfried Boschan, páginas 797 a 802.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Mayo-junio 1976

La planificación ambiental y la reforma de la Ley del Suelo, por Ramón Martín Mateo, págs. 13 a 29.

El visado de los proyectos técnicos por los Colegios profesionales, por Jerónimo Arozamena Sierra, páginas 29 a 59.

Sistemas de actuación en la Ley 19/1975, de 2 de mayo, por José Mario Corella Monedero, págs. 59 a 82.

Una aproximación a la teoría del aprovechamiento medio, por José Luis González-Berenguer Urrutia, páginas 82 a 95.

Julio-agosto-septiembre 1976

La reforma de la Ley del Suelo, por Francisco Perales Madueño, páginas 13 a 63.

La reparcelación en el texto refundido de la Ley del Suelo, por An-

tonio Carceller Fernández, páginas 63 a 79.

Aprovechamiento medio: concepto, objetivos, desarrollo y comentario, por Francisco Langle Granados, págs. 79 a 89.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Septiembre 1976, núm. 384

El poder exorbitante del Estado ante el Derecho fiscal, por José Menéndez, págs. 831 a 841.

Algunos aspectos del coarrendamiento de bienes inmuebles, por Antonio Astorqui, págs. 841 a 852.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Mayo 1976, núm. 5

El influjo de la teoría institucional del Derecho en el concepto y significado de Ordenamiento jurídico, por Manuel Núñez Encabo, páginas 445 a 467.

Módulos indicativos de la gravedad en el delito de lesiones, por Carlos Onecha Santamaría, págs. 467 a 479.

Junio 1976, núm. 6

La buena fe como principio rector del Ordenamiento jurídico español en relación con las prohibiciones del fraude de ley y del abuso del Derecho, por José María Ruiz de Velasco, págs. 547 a 563.

El bien jurídicamente protegido en los delitos de asociaciones ilícitas y, particularmente, en la llamada asociación criminal, por Antonio García Pablos de Molina, páginas 563 a 593.

Sobre la aplicabilidad de la teoría de los actos unilaterales a los realizados por las organizaciones internacionales, por María Castillo Daudi, págs. 593 a 617.

Julio 1976, núm. 1

Aspectos jurídico-canónicos del amor conyugal en las causas de nulidad de matrimonio, por José M. Serrano Ruiz, págs. 5 a 29.

El mar territorial español: De las seis a las doce millas ahora adoptadas, por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, págs. 29 a 77.

Agosto 1976, núm. 2

Duguit y la dirección realista en el Derecho público, por Joaquín Tomás Villarroja, págs. 121 a 133.

La reajustabilidad del valor de la deuda de dinero, como requisito del pago efectivo, cualquiera que sea la fuente de la obligación, por Fernando Fueyo Laneri, págs. 133 a 163.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Abril-junio 1976, núm. 2

Parlamento y parlamentarismo en la tradición catalanista, por Ismael-Elias Pitarch Segura, páginas 273 a 303.

Nuevas perspectivas en las causas de nulidad matrimonial, por Miguel Aisa Goñi, págs. 303 a 319.

El «Treaty Making Power» y la representación internacional del Principado de Andorra, por Ramón Viñas Farré.

La Reglementation du crédit et la fusion des entreprises de banque en Italie, por Salvatore Mastro-pasqua, págs. 343 a 355.

Una reforma legislativa inaplazable: la filiación extramatrimonial, por Ramón Vilar Badía, págs. 355 a 397.

La Sociedad Anónima como cúpula de una integración de empresas, por José María Lafuente López, páginas 397 a 439.